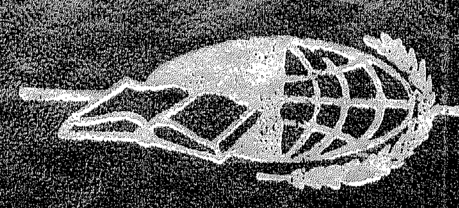


شرح

فتح القدير

تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٦٨١ هـ

على

الهداية : شرح بداية المبتدى

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني









شرح

فتح القدير

تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٦٨١ هـ

على

الهداية : شرح بداية المبتدي

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

ومعه

١ ـ شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ .
٢ ـ حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي چلبي وبسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ هـ .

ويليه

تكملة شرح فتح القدير المسماة « نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار » لشمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ .

الجزء الرابع

دار الفكر

دار الفكر
بيروت لبنان
المكاتب : البناية المركزية - هاتف : ٢٤٤٧٣٩ - ص.ب : ١١/٧٠٦١
المطابع والمعمل : حارة حريك - شارع عبد النور - هاتف : ٢٧٣٦٥٠ - ٢٧٣٤٨٧
برقياً : فكسي - تلكس ٤١٣٩٢ فكر FIKR 41392 LE

«مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِى الدِّينِ»
« حديث شريف »

بسم الله الرحمن الرحيم

(باب إيقاع الطلاق)

(الطلاق على ضربين : صريح ، وكناية . فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعى) لأن هذه الألفاظ تستعمل فى الطلاق ولا تستعمل فى غيره فكان صريحا

(باب إيقاع الطلاق)

ما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الأولية السنى والبدعى وإعطاء لبعض أحكام تلك الكليات ، وهذا الباب لبيان أحكام جزئيات لتلك الكليات ، فإن المورد فيه خصوص ألفاظ كأنت طالق ومطلقة وطلاق لإعطاء أحكامها هكذا أو مضافة إلى بعض المرأة وإعطاء حكم الكلى وتصويره قبل الجزئى منزل منزلة تفصيل يعقب إجمالا ، فظهر أن المراد باب بيان أحكام ما به الإيقاع والوقوع ، لا أنه أراد المعنى المصدرى الذى لاتحقق له خارجا (قوله فالصريح قوله أنت طالق الخ) ظاهر الحمل يفيد أن لاصريح سوى ذلك وليس بمراد . فسيذكر منه التطليق بالمصدر ، ولفظ الكنز : كأنت طالق ومطلقة وطلقتك أحسن لإشعار الكاف بعدم الحصر ، وعلى هذا لايصح ضبط الصريح بأنه ما اجتمع فيه ط ل ق بصيغة التفصيل لا الأفعال إلا أن يقال الوقوع بالمصدر لتأوله بطالق .(قوله فكان صريحا) فإن ماغلب استعماله فى معنى بحيث يتبادر حقيقة أو مجازا صريح ، فإن لم يستعمل فى غيره فأولى بالصراحة فلذا رتب الصراحة فى هذه الألفاظ بقوله فكان صريحا على الاستعمال فى معنى الطلاق دون غيره ، إلا أن فى قوله فى تعليل عدم افتقارها إلى النية لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال تدافعا لأن الموصوف

(باب إيقاع الطلاق)

لما فرغ من بيان أصل الطلاق ووصفه شرع فى بيان تنويعه فقال (الطلاق)أى التطليق (على ضربين : صريح ، وكناية ، فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك يقع بها طلاق رجعى) لكون هذه الألفاظ صريحة ، والصريح يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى ـ وبعولتهن أحق بردهن ـ وهو يشير بتسميته بعلا إلى أن الطلاق

(باب إيقاع الطلاق)

(قال المصنف : ولا تستعمل فى غيره) أقول : أى غالبا بقرينة قوله لغلبة الاستعمال فيندفع التدافع بين كلاميه .

وأنه يعقب الرجعة بالنص

بالغلبة هنا هو ما وصفه بعدم الاستعمال فى غيره ، والغلبة فى مفهومها الاستعمال فى الغير قليلا للتقابل بين الغلبة والاختصاص ، وزاد الشافعية فى الصريح لفظى التسريح والفراق لورودهما فى القرآن للطلاق كثيرا . قلنا : المعتبر تعارفهما فى العرف العام فى الطلاق لا استعمالهما شرعا مرادا هو بهما (قوله وأنه يعقب الرجعة) ذكر للصريح حكمين : كونه يعقب الرجعة وعدم احتياجه إلى نية . أما الأول فمقيد بما إذا لم يعرض عارض تسمية مال أو ذكر وصف على ما سيأتى . وقد يقال الصريح هو المقتصر عليه من ذلك فلا حاجة إلى القيد . واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى ـ وبعولتهن أحق بردهن بعد صريح طلاقه المفاد بقوله تعالى ـ والمطلقات يتربصن ـ فعلم أن الصريح يستعقبها للإجماع . على أن المراد بالبعولة فى الآية المطلقون صريحا حقيقة كان أو مجازا غير متوقف على إثبات كون المطلق رجعيا بعلا حقيقة فلا حاجة إلى إثباته فى ذلك . وأما قولهم سماه بعلا فعلم أن الطلاق الرجعى لا يبطل الزوجية ، ثم إيراد أن حقيقة الرد يدل على زوال الملك فلا يكون زوجا إلا مجازا . وجعله حقيقة يتوقف على التجوز بلفظ الرد وليس هو بأولى من قلبه . ثم الجواب عنه بمنع تصور كون الرد حقيقة بعد زوال الملك ، بل قد يقال أيضا بعد انعقاد سبب زواله معلقا بمتعلق الملك على معنى منع السبب من تأثير زوال الملك عنه كقولنا رد البائع المبيع فى البيع الذى فيه خيار شرط للبائع ، فإن معناه : رد المبيع عن أن يخرج عن ملكه عند مضى المدة بفسخ السبب فى الحال ، وذلك لأنه لم يخرج عن ملكه ، كما يقال متعلقا به بعد تأثير السبب كما فى رد المشترى المبيع بالعيب : يعنى إلى قديم الملك الزائل فإنما يحتاج إليه لإثبات بحث آخر على أن كونه فى الأول حقيقة مما يمنعه الخصم ، ويدل عليه أيضا قوله تعالى ـ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ـ فإنه أعقبه الرجعة التى هى المراد بالإمساك وهو الأنسب بقول المصنف وأنه يعقب الرجعة بالنص ، وذلك لأن الإمساك استدامة القائم لا إعادة الزائل ، فدل على إبقاء النكاح بعد الرجعى وهو المطلوب الآخر . وأما الثانى وهو كونه لا يفتقر إلى النية فنقل فيه إجماع الفقهاء . إلا داود فإنه لا يمنع أن يراد به الطلاق من غير قيد النكاح . قلنا : هذا احتمال يعزب إخطاره عند خطاب المرأة به عن النفس فلا عبرة به فصار اللفظ بمنزلة المعنى . وحديث ابن عمر حيث أمره بالمراجعة ولم يسأله أنوى أم لا ؟ يدل على ذلك ؛ فإن ترك الاستفصال فى وقائع الأحوال كالعموم فى المقال . ولا يخفى أن قرائن إرادة الإيقاع قائمة فيما فعل ابن عمر من الاعتزال والترك لها حتى فهم ذلك منه ، ودلالة إطلاق قوله تعالى ـ الطلاق مرتان ـ ونحوه على اعتبار عدم النية أبعد . ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه إذا لم ينو شيئا أصلا يقع لا أنه يقع وإن نوى شيئا آخر ، لما ذكر أنه إذا نوى الطلاق عن وثاق صدق ديانة لا قضاء . وكذا عن العمل فى رواية كما سيذكر ، ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالما بمعناه أو النسبة إلى الغائبة كما يفيده فروع : هو أنه لو كرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول أنت طالق ولا ينوى طلاقا لا تطلق ، وفى متعلم يكتب ناقلا من كتاب رجل قال ثم وقف وكتب امرأتى طالق وكلما كتب قرن الكتابة بالتلفظ بقصد الحكاية لا يقع عليه . ولو قال لقوم تعلمت ذكرا بالفارسية فقولوه معى فقال رن من بسه طلاق فقالوه لم يحكم عليهم بالحرمة ، وكذا لو لم يعتقدوه ذكرا واعتقدوه شيئا آخر ، كذا نقل من فتاوى المنصورى . وما فى الخلاصة : لو لقنت المرأة زوجت نفسى من فلان بالعربية ولم تعرف معناه بحضرة الشهود وهم يعلمون معناه أو لا يعلمون صح النكاح كالطلاق ،

الرجعى لا يبطل الزوجية . ورد بأنه قال ـ أحق بردهن ـ والرد إنما يستعمل فيما زال عنه ملكه . وأجيب بأن البعل

(ولا يفتقر إلى النية) لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال ، وكذا إذا نوى الإبانة .

وقيل لا كالبيع يقتضى عدم الخلاف فى الوقوع فى مسئلة الذكر ، وفيها فى الجنس الأول من مقدمة كتاب الطلاق طلاق الهازل وطلاق الرجل الذى أراد أن يتكلم فسبق لسانه بالطلاق واقع . وفى النسفى قال أبوحنيفة : لايجوز الغلط فى الطلاق ، وهو ما إذا أراد أن يقول اسق فسبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعتاق يدين . وقال أبويوسف : لايجوز الغلط فيهما . وفى الخلاصة أيضا : قالت لزوجها اقرأ على اعتدى أنت طالق ثلاثا ففعل طلقت ثلاثا فى القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعلم الزوج ولم ينو ، وهذا يوافق ما فى المنصورى ، ويخالف مقتضى ماذكره آنفا من مسئلة التلقين بالعربية . والذى يظهر من الشرع أن لايقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله تعالى : وقوله فيمن سبق لسانه واقع : أى فى القضاء ، وقد يشير إليه قوله ولوكان بالعتاق يدين . بخلاف الهازل لأنه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ ، وسيذكر فى أنت طالق إذا نوى به الطلاق من الوثاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى مع أنه أصرح صريح فى الباب ثم لم يعارض ذلك قوله ولا يحتاج إلى النية لأن المعنى لايحتاج إلى النية : يعنى اللفظ بعد القصد إلى اللفظ . والحاصل أنه إذا قصد السبب عالما بأنه سبب رتب الشرع حكمه عليه أراده أولم يرده إلا إن أراد ما يحتمله ، وأما أنه إذا لم يقصده أو لم يدر ماهو فيثبت الحكم عليه شرعا وهوغير راض بحكم اللفظ ولا باللفظ فمما ينبو عنه قواعد الشرع ، وقد قال تعالى ـ لايؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم وفسر بأمرين : أن يحلف على أمر يظنه كما قال مع أنه قاصد للسبب عالم بحكمه فإلغاؤه لغلطه فى ظن المحلوف عليه ، والآخر أن يجرى على لسانه بلا قصد إلى اليمين كلا والله بلى والله ، فرفع حكمه الدنيوى من الكفارة لعدم قصده إليه ، فهذا تشريع لعباده أن لايرتبوا الأحكام على الأسباب التى لم تقصد ، وكيف ولا فرق بينه وبين النائم عندالعليم الخبير من حيث أنه لاقصد له إلى اللفظ ولا حكمه وإنما لايصدقه غيرالعليم وهوالقاضى . وفى الحاوى معزوا إلى الجامع الأصغر أن أسدا سئل عمن أراد أن يقول زينب طالق فجرى على لسانه عمرة على أيهما يقع الطلاق ، فقال فى القضاء : تطلق التى سماها ، وفيما بينه وبين الله تعالى لاتطلق واحدة منهما ، أما التى سماها فلأنه لم يردها ، وأما غيرها فلأنها لو طلقت طلقت بمجرد النية فهذا صريح . وأما ما روى عنهما نصير من أن من أراد أن يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعول عليه (قوله وكذا إذا نوى الإبانة) أى بالصريح يقع رجعيا وتلغو نيته

فى اللغة اسم للزوج حقيقة وهى لاتترك إلا بدليل . وأما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه كالبائع جارية بالخيار له وللمشترى فإنه لم يثبت الملك فيها للمشترى . ثم إذا فسخه يقال رد الجارية وإن لم يزل عنها ملك البائع (ولايفتقر إلى النية لأنه صريح فيه) والصريح ماظهر المراد به ظهورا بينا بكثرة الاستعمال وهذا كذلك ، والصريح يقوم لفظه مقام معناه فلا يفتقر إلى النية . وقوله (وكذا إذا نوى الإبانة) معطوف على قوله وإنه يعقب الرجعة : يعنى إن لم ينوشيئا ، وكذا إذا نوى الإبانة لأنه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء

(قال المصنف : لغلبة الاستعمال) أقول : قال ابن الهمام : لايخفى عليك أن الموصوف بالغلبة هنا هو ماوصفه بعدم الاستعمال فى غيره والغلبة فى مفهومها الاستعمال فى الغير قليلا ، ففيه تدافع للتقابل بين الغلبة والاختصاص انتهى . يجوز أن يكون المراد فيما سبق ولا يستعمل فى غيره غالبا بقرينة كلامه الثانى كما أشرنا إليه (قوله وأما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه) أقول : وأيضا يستعمل الرد فى الوديعة والعارية ولازوال ملك فيهما (قوله وقوله وكذا إذا نوى الإبانة) معطوف على قوله وإنه يعقب الرجعة . أقول : فيكون فى كلامه تسامح حيث جعله معطوفا على قوله وإنه يعقب الرجعة مع أنه معطوف على محذوف وهو قوله إن لم ينو شيئا .

لأنه قصد تنجيز ماعلقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه. ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين فى القضاء لأنه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى مايحتمله. ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق لرفع القيد وهى غير مقيدة بالعمل . وعن أبى حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يستعمل للتخليص .

(لأنه قصد باللفظ تنجيز ماعلقه الشرع بانقضاء العدة) عند وجوده بقوله تعالى ـ إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ـ والإجماع على ذلك (فيرد عليه) لأنه استعجل ماأخر الشرع كما رد إرث الوارث بالقتل لاستعجاله فيه (قوله ولو نوى الطلاق) أى بقوله أنت طالق (عن وثاق لم يدين فى القضاء لأنه خلاف الظاهر) إلا أن يكون مكرها . ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمله (ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى) لأنه لايحتمله لأن الطلاق لرفع القيد وهى ليست مقيدة بالعمل فلا يكون محتمل اللفظ . وعن أبى حنيفة يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يستعمل للتخلص فكأنه قال أنت متخلصة عن العمل ، ولو صرح فقال أنت طالق من هذا العمل صدق ديانة لاقضاء على الأول لأنه يظن أنه طلق ثم وصل

العدة ، قال الله تعالى ـ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ـ والإمساك بالمعروف هو الرجعة . والتسريح بالإحسان هو تركها حتى تنقضى العدة . وتحقيقه أن الله تعالى سمى الرجعة إمساكا والإمساك إبقاء الشىء على ماكان ، فما دامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية ، وإذا انقضت من غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضاء كذا قالوا . ولقائل أن يقول : إن سلمنا دلالته على تعليق البينونة بالانقضاء جاز أن يكون المراد به ما لم ينو البينونة فلم يبق حجة فيما نويت فيه ، ولو قال لأن الطلاق ثابت اقتضاء والمقتضى ضرورى والضرورة تندفع بالرجعى فلا حاجة إلى البائن كان أسلم ، وموضعه أصول الفقه . وقوله (فيرد عليه) يعنى قصده وتقرير الحجة لأنه قصد تقديم ما أخر الشرع إلى وقت وكل من فعل ذلك يرد عليه قصده كما فى قتل المورث وأصله بقرة بنى إسرائيل (ولو نوى الطلاق عن وثاق) بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة (لم يدين فى القضاء) أى لم يصدق ، وحقيقته دينت الرجل تدينا وكلته إلى دينه فاستعمل فى التصديق مجازا لأنه خلاف الظاهر لأنه صرف الكلام عما هو صريح فيه إلى ماليس بمتعارف فيما عليه تخفيف . وكذلك لايسع المرأة أن تصدقه فى ذلك (ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمله) إذ الطلاق من الإطلاق يستعمل فى الإبل أو الوثاق فيحتمل أن يكون الطلاق عبارة عنه مجازا (ولو نوى به) أى بقوله طالق (الطلاق عن العمل لم يصدق فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق لرفع القيد وهو) قيل أى المرأة بتأويل الشخص أو الذات وليس بشىء بل يعود إلى القيد الذى يرفعه الطلاق وهو النكاح . وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحى والقيد النكاحى غير مقيد بالعمل فإن الطلاق ليس برفع القيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية . وروى الحسن (عن أبى حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق يستعمل فى التخليص) فكان

(قوله جاز أن يكون المراد به مالم ينو البينونة) أقول : التقييد بعدم إرادة البينونة يقتضى دليلا (قوله وهو قيل : أى المرأة بتأويل الشخص أو الذات وليس بشىء بل يعود إلى القيد الذى يرفعه الطلاق وهو النكاح . وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحى والقيد النكاحى غير مقيد بالعمل الخ) أقول : فعلى هذا قوله غير مقيد يكون على صيغة اسم الفاعل ، ثم أقول : لكن الأولى من جهة المعنى هو أن يعود إلى المرأة : أى هى غير مقيدة بالعمل لاحسا وهو ظاهر إذ هو ليس بقيد محسوس ، وأما شرعا فلأن المرأة لايجب عليها العمل .

ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لايكون طلاقا إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا .

لفظ العمل استدراكا، بخلاف مالو وصل لفظ الوثاق حيث يصدق قضاء لأنه يستعمل فيه قليلا، وكل مالايدينه القاضي إذا سمعته منه المرأة أو شهد به عندها عدل لايسعها أن تدينه لأنها كالقاضي لاتعرف منه إلا الظاهر (قوله ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لايكون طلاقا إلا بالنية لأنها) أى لفظة مطلقة غير مستعملة فيه : أى فى الطلاق بالمعنى الشرعى عرفا بل فى الانطلاق عن القيد الحسى فلم يكن صريحا فيه فيتوقف على النية .

[فروع] لو قال لها يامطلقة بالتشديد أو ياطالق وقع ، ولو قال أردت الشتم لم يصدق لأن النداء استحضار بالوصف الذى تضمنه اللفظ إذا كان يمكنه إثباته بذلك اللفظ ، بخلاف قوله يا ابنى لعبده . ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال أردت ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء فى رواية أبى سليمان وهو حسن ، وينبغى على قياس مافى العتق لو سماها طالقا ، ثم ناداها به لاتطلق . وقد روى وكيع عن ابن أبى ليلى عن الحكم بن عيينة عن خيثمة بن عبدالرحمن أن امرأة قالت لزوجها سمنى فسماها الطيبة فقالت ماقلت شيئا) فقال هات ماأسميك به فقالت سمنى خلية طالق قال : فأنت خلية طالق فجاءت إلى عمر فقالت له إن زوجى طلقنى فجاء زوجها فقص القصة فأوجع عمر رأسها وقال له خذ بيدها وأوجع رأسها ، ولو قال طلقتك أمس وهو كاذب كان طلاقا فى القضاء ولو قال فلانة طالق ولم ينسبها أو نسبها إلى أبيها أو أمها أو أختها أو ولدها وامرأته بذلك الاسم والنسب فقال عنيت أخرى أجنبية لايصدق فى القضاء ؛ بخلاف الإقرار لفلان بن فلان إذا ادعى ذلك من اسمه ونسبه ذلك لايلزمه الإعطاء ويحلف ماله عليه هذا المال لاما هو فلان بن فلان . ولو قال هذه المرأة التى عنيت امرأتى وصدقته فى ذلك وقع الطلاق عليها ولم يصدق فى إبطال الطلاق عن المعروفة إلا أن يشهد الشهود على نكاحها قبل أن يتكلم بالطلاق أو على إقرارهما به قبل ذلك أو تصدقه المرأة المعروفة ؛ كذا فى الكافى للحاكم . ولو قال امرأتى فلانة بنت فلان طالق وسماها بغير اسمها لاتطلق امرأته إلا بالنية . وعلى هذا لو حلف لدائنه فقال إن خرجت من البلدة قبل أن أقضيك حقك فامرأتى فلانة طالق واسم امرأته غيره لاتطلق إذا خرج قبله . ولو قال لإحدى نسائه يازينب فأجابته زوجته عمرة فقال أنت طالق طلقت المجيبة . ولو قال أردت زينب طلقتا هذه بالإشارة وتلك بالإقرار . هذا فى القضاء . أما فيما بينه وبين الله تعالى فإنما يقع على التى قصدها ذكره فى البدائع . ولو قال أنت زينب فقالت عمرة نعم فقال إذن أنت طالق لاتطلق ، ولو قال عليك الطلاق أو لك اعتبرت النية . ولو قال قولى أنا طالق لاتطلق حتى تقولها . ولو كان له امرأتان اسمهما واحد ونكاح إحداهما فاسد فقال فلانة طالق وقال عنيت التى نكاحها فاسد لايصدق فى القضاء . وكذا لو قال إحداكما أو إحدى امرأتى طالق ، ويقع أيضا بالتهجى كأنت ط ا ل ق ، وكذا لو لو قيل له طلقتها فقال ن ع م إذا نوى صرح بقيد النية فى البدائع ، ولا يقع بأطلقك إلا إذا غلب فى الحال . ولو قالت أنت طالق فقال نعم طلقت . ولو قال له فى جواب طلقنى لاتطلق وإن نوى . ولو قيل له ألست طلقتها فقال بلى طلقت أو نعم لاتطلق . والذى ينبغى عدم الفرق ، فإن أهل العرف لايفرقون بل يفهمون منهما إيجاب المنفى ولو قال خذى طلاقك فقالت أخذت اختلف فى اشتراط النية وصحح الوقوع بلا اشتراطها ، ويقع بطلقك الله أطلقها فى النوازل مرة ثم أعادها وشرح النية وهو الحق ، وأما المصحف فهو خمسة ألفاظ : تلاق ، وتلاغ ،

معناه أنت مخلصة من العمل ، وهذا إذا لم يصرح بذكره ، أما إذا قال أنت طالق من عمل كذا موصولا صدق ديانة رواية واحدة (ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لايكون طلاقا إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفا فلايكون صريحا)

قال (ولا يقع به إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك) وقال الشافعي : يقع مانوى لأنه محتمل لفظه ، فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم

وطلاغ ، وطلاك ، وتلاك . ويقع به فى القضاء ولايصدق إلا إذا أشهد على ذلك قبل التكلم بأن قال امرأتى تطلب منى الطلاق وأنا لاأطلق فأقول هذا ويصدق ديانة ، وكان ابن الفضل يفرق أولا بين العالم والجاهل وهو قول الحلوانى ، ثم رجع إلى هذا وعليه الفتوى. ولو قال نساء أهل الدنيا أو الرى طوالق وهو من أهل الرى لاتطلق امرأته إلا إن نواها ، رواه هشام عن أبى يوسف وعليه الفتوى . وعن محمد روايتان . ولا فرق بين ذكر لفظ جميع وعدمه فى الأصح . وفى نساء أهل السكة أو الدار وهو من أهلها ونساء هذا البيت وهى فيه تطلق . ونساء أهل القرية منهم من ألحقها بالدار ، ومنهم من ألحقها بالمصر . ولو قال طلاقك على لايقع ، ولو زاد فرض أو واجب أو لازم أو ثابت قيل تطلق رجعية نوى أولا ، وقيل لايقع وإن نوى ، وقيل فى قول أبى حنيفة يقع ، وفى قولهما لايقع فى واجب ويقع فى لازم ، وقيل بل فى قول أبى يوسف يرجع فى ذلك كله إلى نيته ، وقيل يقع فى واجب للتعارف به ، وفى الثلاثة لايقع وإن نوى لعدم التعارف . وفى الفتاوى الكبرى للخاصى : المختار أنه يقع فى الكل لأن الطلاق لايكون واجبا أو ثابتا بل حكمه ، وحكمه لايجب ولا يثبت إلا بعد الوقوع . وفرق بينه وبين العتاق ، وهذا يفيد أن ثبوته اقتضاء، ويتوقف على نيته إلا أن يظهر فيه عرف فاش فيصير صريحا فلا يصدق قضاء فى صرفه عنه وفيا بينه وبين الله تعالى إن قصده وقع وإلا لا ، فإنه قد يقال هذا الأمر على واجب بمعنى ينبغي أن أفعله لا أنى فعلته فكأنه قال ينبغى أن أطلقك ، وقد تعورف فى عرفنا فى الحلف الطلاق يلزمنى لاأفعل كذا : يريد إن فعلته لزم الطلاق ووقع ، فيجب أن يجرى عليهم لأنه صار بمنزلة قوله إن فعلت كذا فأنت طالق ، وكذا تعارف أهل الأرياف الحلف بقوله على الطلاق لا أفعل ، ولو قال طال بلا قاف يقع ، قيل لأنه ترخيم وهو غلط ، إذ الترخيم اختيارا فى النداء ، وفى غيره إنما يقع اضطرارا فى الشعر. ولو قال أنت بثلاث وقعت ثلاث إن نوى لأنه نوى ما يحتمله لفظه ، ولو قال لم أنو لايصدق إذا كان فى حال مذاكرة الطلاق لأنه لايحتمل الرد والإصدق ، ومثله بالفارسية توبسه على ماهو المختار للفتوى خلافا للصفار . ولو قال أنت أطلق من فلانة وفلانة مطلقة أو غير مطلقة ، فإن عنى به الطلاق وقع وإلا فلا لأنه نوى مايحتمله لفظه ، والمعنى عند عدم كونها مطلقة لأجل فلانة لأن أفعل التفضيل ليس صريحا ، وهذا بخلاف ما إذا قالت له مثلا فلان طلق زوجته فقال لها ذلك فإنه يقع وإن لم ينو ، وكذا لو قال أنت أزنى من فلانة لايحد لأنه ليس صريحا فى القذف . وعن محمد فيمن قال لامرأته كونى طالقا أو اطلقى يقع لأن قوله كونى ليس أمرا حقيقة لعدم تصور كونها طالقا منها بل عبارة عن إثبات كونها طالقا كقوله تعالى - كن فيكون - ليس أمرا بل كناية عن التكوين وكينونتها طالقا يقتضى إيقاعا قبل فيتضمن إيقاعا سابقا، وكذا قوله اطلقى ومثله قوله للأمة كونى حرة (قوله ولا يقع به) أى بالصريح المقيد بالألفاظ المتقدمة أنت طالق مطلقة طلقتك لاتطلق (إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك) لا الصريح مطلقا لأن منه المصدر وبه يقع الثلاث بالنية (وقال الشافعى : يقع مانوى) وهو قول الأئمة الثلاثة

وإذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم الواسطة والكناية تحتاج إلى النية . وقوله (ولا يقع به) من كلام القدورى متصل بقوله وهذا يقع به الطلاق : أى لايقع بكل واحد من الألفاظ الثلاثة المذكورة (إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك . وقال الشافعى : يقع مانوى لأنه محتمل لفظه فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق)

وبهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التمييز . ولنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لأنه ضده ، وذكر الطالق

وزفر وقول أبي حنيفة الأول ثم رجع عنه . وجه قول الجمهور أنه نوى محتمل لفظه ، فإن ذكر الطالق ذكر الطلاق لأن الوصف كالفعل جزء مفهومه المصدر وهو يحتمله اتفاقا (ولهذا) أي ولأن ذكره ذكر الطلاق المحتمل للقليل والكثير (صح قران العدد به تفسيرا حتى ينصب على التمييز) وحاصل التمييز ليس إلا تعيين أحد محتملات اللفظ ، ويدل عليه حديث ركانة « أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : طلقت امرأتي البتة ، قال صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت إلا واحدة ؟ فقال : والله ما أردت إلا واحدة ، فردها النبي صلى الله عليه وسلم عليه » وأيضا إذا صح نية الثلاث بقوله أنت بائن وهو كناية ففي الصريح الأقوى أولى (قوله ولنا أنه نعت فرد) قيل غير مستقيم لأن الكلام ليس في المرأة الموصوفة أنها تحتمل العدد على ما يعطيه ظاهر كلامه من قوله حتى قيل للمثنى طالقان والثلاث طوالق بل في المعنى المصدري الذي تضمنه ووحدته لا تمنع احتمال العدد بجنسيته . وتحرير التقرير أن أنت طالق إذا أريد من قيد النكاح كان معناه لغة وصفها بانطلاقها من قيد النكاح وهي مقيدة به فصدقه متوقف على التطليق ، والمتيقن أن الشارع اعتبره مطلقا عند هذا الكلام ، فإما أن يكون أثبته اقتضاء تصحيحا لإخباره فلا يتجاوز الواحدة إذ الضرورة تندفع بها والمقتضى لا عموم له لذلك أو نقله من الإخبار إلى الإنشاء وهو خلاف الأصل لا يصار إليه إلا بموجب نقل وهو منتف لأن جعله موقعا لا يستلزم نقله لأن بإثباته اقتضاء يحصل المقصود ويعترض بالقطع بتخلف لازم الإخبار ، إذ لا يفهم من أنت طالق قط احتمال الصدق والكذب فلزم تحقق النقل ، وبه يندفع ما قيل إنه إخبار من وجه إنشاء من وجه ، بل هو إنشاء من كل وجه لما قلنا . ويمكن أن يقال بعد التسليم المعلوم من الشرع جعله موقعا واحدة فعلم أنه إنما نقله إلى إنشاء إيقاع الواحدة فجعله موقعا به ماشاء استعمال في غير المنقول إليه إلا أن ينقل أن الشارع نقله لما هو أعم وليس فلا يراد به وملاحظة مايصح أن يراد بالمصدر كما ذكرتم إنما يتفرع عن إرادة الاستعمال اللغوي ونقله إلى الإنشاء يباينه لأنه يجعل اللفظ علة لدخول المعنى الخاص في الوجود المخالف لمقتضاه لغة ، على أن المصدر الذي يدل عليه اللفظ هو الانطلاق الذي هو وصفها ، وذلك لا يتعدد أصلا بل يختلف بالكيفية وبين مايعقبه الرجعة شرعا وما لا لا في الكمية وحينئذ يتفق كلامهم هنا ، وفي البيع حيث جعل المصنف بعت إنشاء حيث قال لأن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعا فقد

لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه (ولهذا) أي لكونه محتمل لفظه (يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير) وكل ماهو محتمل اللفظ تصح نيته (ولنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان والثلاث طوالق) وكل ماهو نعت فرد (لا يحتمل العدد لأنه ضده) والضد لا يحتمل الضد . وقوله (وذكر الطالق) جواب عن قوله فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة . وتقريره أن الطالق نعت من الثلاثي وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة لا على طلاق يكون بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ، ومحل النية هو الثاني لأنه فعل الرجل دون الأول لأنه وصف

(قال المصنف : ويكون نصبا على التفسير) أقول : أي نصبا على التمييز ، وفي التلويح في مبحث الأمر لا نسلم أنه تفسير بل تغيير إلى مايحتمله مطلق اللفظ ، ولهذا قالوا : إذا قرن بالصيغة ذكر العدد في الإيقاع يكون الوقوع بلفظ العدد لا بالصيغة حتى لو قال لامرأته طلقتك ثلاثا أو واحدة وقد ماتت قبل ذكر العدد لم يقع شيء انتهى (قال المصنف : ولنا أنه نعت فرد) أقول : فيه نظر لأن قوله نعت فرد لا يناسب المقام لأن الكلام في عدم صحة نية الطلقتين بالطلاق لا في عدم صحة نية المرأتين به فتأمل ، كذا قال الزيلعي . والظاهر أن مراد المصنف سد باب

ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق ، والعدد الذى يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك أعطيته جزيلا : أى عطاء جزيلا (وإذا قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا ، فإن لم تكن له نية أو نوى واحدة أو ثنتين فهى واحدة رجعية ، وإن نوى ثلاثا فثلاث) ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر ، لأنه لو ذكر النعت وحده

جعلت للإنشاء شرعا دفعا للحاجة ، وبهذا يظهر عدم صحة إرادة الثلاث فى مطلقة وطلقتك لأنه صار إنشاء فى الواحدة غير ملاحظ فيه معنى اللغة ، وعلى هذا فالعدد نحو ثلاثا لا يكون صفة لمصدر الوصف بل لمصدر غيره : أى طلاقا أى تطليقا ثلاثا كما ينصب فى الفعل مصدر غيره مثل ـ أنبتكم من الأرض نباتا ـ أو يضمر له فعل على الخلاف فيه ، بخلاف طلقها وطلق نفسك لأن المصدر المحتمل للكل مذكور لغة فصح إرادة منه لأنه لا نقل فيه إلى إيقاع واحدة ، هذا ونقض بطالق طلاقا فإنه يصح إرادة الثلاث مع أن المنتصب هو مصدر طالق . ويدفع بأن طلاقا المصدر قد يراد به التطليق كالسلام بمعنى التسليم والبلاغ بمعنى التبليغ ، فصح أن يراد به الثلاث على إرادة التطليق به معمولا لفعل محذوف تقديره طالق لأنى طلقتك تطليقا ثلاثا . بقى أن يرد إرادة الثلاث بأنت الطلاق وهو صفة المرأة . والجواب أنه إذا نوى الثلاث كان المعنى أنت وقع عليك التطليق فيصح نية الثلاث . ونوقض بأنه لم لا يجوز فى طالق عند إرادة الثلاث أن يراد أنت ذات وقع عليك التطليق وجاز فى المصدر . وقد يدفع بأنه لو أريد بالمصدر الذى فى ضمن طالق ذلك كان يراد باسم الفعل اسم المفعول وهو منتف . فإن قلت : ظاهر ماذكرت أنه لو صح أن يراد اسم المفعول صحت إرادة الثلاث . والفرض أن صريح اسم المفعول كأنت مطلقة لا يقبل نية الثلاث فكيف بما يراد هو به ؟ فالجواب أن الذى لا يقبله هو اسم المفعول المنقول للإنشاء على ما التزمنا الجواب به ، والذى يراد بطالق ليس للإنشاء فتأمل . ويدل على أنه لا يراد بطالق الثلاث حديث ابن عمر فى الصحيحين أنه طلق امرأته فى الحيض فلم يستفسره النبى صلى الله عليه وسلم ، ولو كان مما تصح إرادة الثلاث منه لاستفسره ، يدل على الملازمة حديث ركانة بن عبد يزيد فى سنن أبى داود « أنه طلق امرأته سهيمة البتة فقال صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت إلا واحدة ؟ فقال : والله ما أردت إلا واحدة » الحديث ، فظهر أنه لا يمضى حكم المحتمل حتى يستفسر عنه ، وثبت لنا مطلوب آخر وهو أن الكنايات عوامل بحقائقها لا أنها يراد بها الطلاق وإلا كان غير محتمل فلم يسأله كما لم يسأل ابن عمر ، ولكونها عوامل بحقائقها احتملت فسأله ، وإنما احتملت حقائقها : أعنى معنى البينونة التى تفيده البتة كلا من نوعيها الغليظة المرتبة على الثلاث والخفيفة المرتبة على ما دونها فصح أن يراد كل من النوعين ، غير أنه إذا لم يكن له نية ثبت الأخف للتيقن (قوله ووقوع الطلاق باللفظة الثانية) يعنى طالق الطلاق وبالثالثة وهى طالق طلاقا ، وما فى الكتاب ظاهر ، غير أن وقوع الثلاث بطالق طلاقا لم يكن إلا بالمصدر ، ويلغو طالق فى حق الإيقاع كما إذا ذكر معه العدد فإن الواقع هو العدد وإلا يشكل فإنه حينئذ يقع به واحدة

ضرورى تتصف به المرأة وليس بفعل الزوج لكنه يقتضى الثانى تصحيحا له وكان ثابتا ضرورة صحة الكلام مقتضى ولا عموم له . وقوله (والعدد الذى يقرن به) جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد به وهو واضح . وقوله (وإذا قال أنت الطلاق) واضح .

قابلية نية الثلاث عن هذا اللفظ من جميع الجهات حتى يظهر لزوم مدعاه بالأولوية فليتأمل (قال المصنف : معناه طلاقا ثلاثا) أقول : والانتصاب به بفعل محذوف وتقدير الكلام أنت طالق لأنى طلقتك ثلاثا .

يقع به الطلاق، فإذا ذكره وذكر المصدر معه وأنه يزيده وكادة أولى . وأما وقوعه باللفظة الأولى فلأن المصدر قد يذكر ويراد به الاسم ، يقال رجل عدل : أى عادل فصار بمنزلة قوله أنت طالق ، وعلى هذا لو قال أنت طلاق يقع به الطلاق أيضا ولا يحتاج فيه إلى النيه ويكون رجعيا لما بينا أنه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه . وتصح نية الثلاث لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة لأنه اسم جنس فيعتبر بسائر أسماء الأجناس فيتناول الأدنى مع احتمال الكل ، ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر.هو يقول إن الثنتين بعض الثلاث فلما صحت نية الثلاث صحت نية بعضها ضرورة . ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنسا ، حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية ، أما الثنتان فى حق الحرة فعدد ، واللفظ لايحتمل العدد وهذا لأن معنى التوحد يراعى فى ألفاظ الوحدان وذلك بالفردية أو الجنسية والمثنى بمعزل منهما

ويقع بالمصدر ثنتان وهو باطل فى الحرة لما عرف ، وهذا يقوى المروى عن أبى حنيفة أنه لايقع به إلا واحدة وإن نوى الثلاث ، ويجب كون طالق الطلاق مثله على هذه الرواية وإن لم يذكر إلا فى المنكر (قوله وأما وقوعه باللفظة الأولى) وهى الطلاق (فلأن المصدر يذكر ويراد به الاسم . يقال رجل عدل : أى عادل فصار كقوله أنت طالق) ويرد أنه إذا أريد به طالق يلزم أن لاتصح فيه نية الثلاث وسنذكر جوابه (قوله ولا يحتاج فيه إلى النية) أى فى أنت الطلاق إلى نية لأنه صريح فى غلبة الاستعمال والمنقول عن الشافعية أن التطليق بالمصدر بالكناية لأنه لم يغلب استعماله فيه ، وقول المصنف لغلبة الاستعمال لايفيد لأن الذى غلب استعماله هو الوصف لا المصدر . قلنا : المراد أن المصدر حيث استعمل كان إرادة طالق به هو الغالب فيكون صريحا فى طالق الصريح فيثبت له حكم طالق . لايقال : فيلزم فى سائر الكنايات أنها صرائح. لأنا نمنع أنها مستعملة فى الطلاق بل فى معانيها الحقيقية على ماسيتحقق ولذا أوقعنا بها البائن . فإن قيل : فكيف تقع الثلاث وقد أريد به طالق ؟ قلنا : لأنه كما قلنا صريح فى طالق ، ويحتمل أن يراد على حذف مضاف : أى ذات طلاق ، وعلى هذا التقدير تصح إرادة الثلاث. ولما كان محتملا توقف على النية ، وهذا أوجه إن شاء الله تعالى مما قيل إنه وإن أريد به طالق لم يخرج عن كونه مصدرا فيصح إرادة الثلاث به لأن الإرادة باللفظ ليست إلا باعتبار معناه لا ذاته التى هى هواء مضغوط ، فإذا فرض أن معناه الذى أريد به ليس إلا مالاتصلح إرادته منه فكيف يراد به ذلك الذى لايصح ؟ ويمكن أن يراد به أنها عين الطلاق ادعاء وتصح معه أيضا إرادة الثلاث ، وعليه قول الخنساء « فإنما هى إقبال وإدبار » يعنى الناقة ، لا على أن المراد مقبلة ومدبرة كما ذكره كثير لفوات المعنى المقصود من المبالغة . وهذا بخلاف نية الثنتين بالمصدر لاتصح خلافا لزفر والشافعى إلا أن تكون المرأة أمة. لهما أن المصدر يحتمل القليل والكثير فالثنتان كالثلاث . قلنا : نية الثلاث لم تصح باعتبار أنها كثرة بل باعتبار أنها فرد من حيث أنه تمام جنس واحد ، بخلاف الثنتين فى الحرة لأنه عدد محض وألفاظ الوحدان لاتحتمل العدد المحض بل يراعى فيها التوحيد ، وهو بالفردية الحقيقية أو الجنسية والمثنى بمعزل عنها ، وقد ذكر الطحاوى أنه لايقع بالمصدر المجرد عن اللام إلا واحدة .

وقوله (فصار بمنزلة قوله أنت طالق) اعترض عليه بأن قوله أنت الطلاق لو كان بمنزلة أنت طالق لما صح فيه نية الثلاث كما لم تصح فى أنت طالق . وأجيب بأن نية الثلاث إنما لاتصح فى طالق لأنه نعت فرد كما تقدم ، وأما الطلاق فهو مصدر فى أصله وإن وصف به فلمح فيه جانب المصدرية وصح فيه نية الثلاث ، وبقية كلامه واضح .

وأما المحلى فيقع به الثلاث . قال الجصاص : هذه التفرقة لايعرف لها وجه إلا على الرواية التى رويت عن أبى حنيفة فى أنت طالق طلاقا أن تكون واحدة وإن نوى ثلاثا لأن المصدر ذكر للتأكيد ونفى المجاز لاللإيقاع . أما على الرواية المشهورة فلا فرق بين طلاق والطلاق . وفى المغنى لابن هشام نقلا عن بعض التواريخ أن الرشيد كتب إلى أبى يوسف : ما قول القاضى الإمام فيمن قال لامرأته :

فإن ترفقى ياهند فالرفق أيمن   وإن تخرقى ياهند فالخرق أشأم
فأنت طلاق والطلاق عزيمة   ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فقال أبو يوسف : هذه مسئلة نحوية فقهية لا آمن الغلط فيها ، فأتى الكسائى فسأله ، فأجاب عنها بما سنذكره وهو بعد كونه غلطا بعيد عن معرفة مقام الاجتهاد ، فإن من شرطه معرفة العربية وأساليبها لأن الاجتهاد يقع فى الأدلة السمعية العربية . والذى نقله أهل الثبت من هذه المسئلة عمن قرأ الفتوى حين وصلت خلاف هذا . وأن المرسل بها الكسائى إلى محمد بن الحسن ولا دخل لأبى يوسف أصلا ولا للرشيد ، ولمقام أبى يوسف أجل من أن يحتاج فى مثل هذا التركيب مع إمامته واجتهاده وبراعته فى التصرفات من مقتضيات الألفاظ . فى المبسوط : ذكر ابن سماعة أن الكسائى بعث إلى محمد بفتوى فدفعها إلى فقرأتها عليه فقال : ماقول قاضى القضاة الإمام فيمن قال لامرأته :

فإن ترفقى ياهند فالرفق أيمن   وإن تخرقى ياهند فالخرق أشأم
فأنت طلاق والطلاق عزيمة   ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فما يقع عليه ؟ فكتب فى جوابه ، إن قال : ثلاث مرفوعا يقع واحدة ، وإن قال ثلاثا منصوبا يقع ثلاث ؛ لأنه إذا ذكره مرفوعا كان ابتداء حال فبقى قوله أنت طلاق فيقع واحدة ، وإذا قال ثلاثا منصوبا على معنى البدل أو التفسير فيقع به ثلاث كأنه قال أنت طالق ثلاثا والطلاق عزيمة ، لأن الثلاث تفسير لما وقع ، فاستحسن الكسائى جوابه . ثم قال الشيخ جمال الدين بن هشام بعد الجواب المذكور : الصواب أن كلا من الرفع والنصب يحتمل وقوع الثلاث والواحدة ، أما الرفع فلأن أل فى الطلاق إما لمجاز الجنس نحو زيد الرجل : أى المعتد به . وإما للعهد الذكرى : أى وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلاث ولا يكون للجنس الحقيقى لئلا يلزم الإخبار بالخاص عن العام وهو ممتنع . إذ ليس كل طلاق عزيمة ثلاث ، فعلى العهدية يقع الثلاث . وعلى الجنسية واحدة . وأما النصب فيحتمل كونه على المفعول المطلق فيقع الثلاث . إذ المعنى حينئذ فأنت طالق ثلاثا ثم اعترض بينهما بالجملة ، وكونه حالا من الضمير فى عزيمة فلا يلزم وقوع الثلاث لأن المعنى : والطلاق عزيمة إذا كان ثلاثا . فإنما يقع مانواه هذا ما يقتضيه اللفظ ، وأما الذى أراده الشاعر فالثلاث . لأنه قال بعده :

فبينى بها إن كنت غير رفيقة   وما لامرئ بعد الثلاث مقدم

انتهى .

وتخرقى بضم الراء مضارع خرق بكسرها [1] والخرق بالضم الاسم وهو ضد الرفق ، ولا يخفى أن الظاهر فى النصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لقلة الفائدة فى إرادة أن الطلاق عزيمة إن كان ثلاثا ، وأما الرفع فلامتناع الجنس الحقيقى كما ذكر . بقى أن يراد مجاز الجنس فيقع واحدة أو العهد الذكرى وهو أظهر الاحتمالين فيقع الثلاث ولهذا ظهر من الشاعر أنه أراده كما أفاده البيت الأخير ، فجواب محمد بناء على ماهو الظاهر كما

(١) قوله (مضارع خرق بكسرها) كذا فى النسخ ، والذى فى كتب اللغة أن المضارع المضموم للماضى المضموم كتبه مصححه .

(ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولى طالق واحدة وبقولى الطلاق أخرى يصدّق) لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع فكأنه قال أنت طالق وطالق فتقع رجعيتان إذا كانت مدخولا بها (وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى مايعبر به عن الجملة وقع الطلاق) لأنه أضيف إلى محله ، وذلك (مثل أن يقول أنت طالق) لأن التاء ضمير المرأة(أو) يقول (رقبتك طالق أوعنقك)طالق أو رأسك طالق (أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك) لأنه يعبر بها عن جميع البدن . أما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما ،قال الله تعالى ـ فتحرير رقبة ـ وقال ـ فظلت أعناقهم لها خاضعين ـ وقال عليه الصلاة والسلام

يجب فى مثله من حمل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات إلى الاحتمال (قوله ولو قال أنت طالق الطلاق ، وقال أردت بقولى طالق واحدة وبقولى الطلاق أخرى يصدّق) تقدم أنه إذا أراد بطالق طلاقا أو الطلاق ثنتين لا يصح فأفاد هنا أنه لو أرادهما بالتوزيع صح . ووجهه بقوله (لأن كلا منهما صالح للإيقاع فكأنه قال أنت طالق وطلاق فتقع رجعيتان إذا كانت مدخولا بها) وهذا منقول عن أبى يوسف والفقيه أبى جعفر ، ومنعه فخر الإسلام لأن طالقا نعت وطلاقا مصدره فلا يقع إلا واحدة .وكذا فى أنت طالق الطلاق . ويؤيد أن طلاقا نصب ولا يدفع بعد صلاحية اللفظ لتعدده وصحة الإرادة به إلا بإهدار لزوم صحة الإعراب فى الإيقاع من العالم والجاهل ، وظهر أن الأولى فى التشبيه أن يقال فصار كقوله أنت طالق طلاق لا طالق وطلاق وإن صح الآخر من جهة المعنى (قوله وإن أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى مايعبر به عن الجملة وقع) ومثل المضاف إلى الجملة بقوله أنت طالق والمضاف إلى مايعبر به عن الجملة برقبتك طالق ، ولا يخفى أن الإضافة فيهما معا إلى ما يعبر به عن الجملة من لفظ أنت ورقبتك الخ ، والتحقيق أن مايعبر به عن الجملة إما بالوضع أو بالتجوز . وقوله لأن التاء ضمير المرأة هو أحد الأقوال فى أنت أنه برمته ضمير أو التاء وأن عماد أو إن واللواحق حروف تدل على خصوص المراد (قوله أو يقول رقبتك طالق أو عنقك أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك) هذه أمثلة مايعبر به عن كل الإنسان وذكر استعمالاتها فيها . وأما قوله صلى الله عليه وسلم « لعن الله الفروج على السروج » فغريب جدا ، وأبعد الشيخ علاء الدين حيث استشهد بما أخرجه ابن عدى فى الكامل عن ابن عباس رضى الله عنهما قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذوات الفروج أن يركبن السروج» وضعفه ، وأين لفظ ذات الفرج.

وقوله (ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولى طالق واحدة وبقولى الطلاق أخرى) فإن لم تكن موطوءة لغا الثانى ، وإن كانت موطوءة (يصدق) ويقع طلقتان رجعيتان (لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع) بتقدير المبتدإ فى الثانى كما لو قال أنت طالق وطالق (ولو أضاف الطلاق إلى جملتها) مثل قوله أنت طالق لأن التاء ضمير المرأة وذكر هذا وإن كان قد علم مما قبله تمهيدا لذكر مابعده (أو إلى مايعبر به عن الجملة مثل قولك رقبتك طالق) قال الله تعالى ـ فتحرير رقبة ـ ولم يرد الرقبة بعينها ، وكذلك العتق قال الله تعالى ـ فظلت أعناقهم لها خاضعين ـ ولم يرد الأعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح .

(قوله لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع بتقدير المبتدإ فى الثانى) أقول : فحينئذ كان الأليق المصنف أن يقول : فكأنه قال أنت طالق أنت الطلاق . ثم أقول : فإن قيل : كيف يصح تقدير المبتدإ فى الثانى وهو منصوب .لأنه قد لايلتفت إلى الإعراب خصوصا فى العامى (قال المصنف : أو إلى مايعبر به عن الجملة) أقول : يعنى إلى الجزء الذى يعبر به عن جملة الإنسان من حيث هو إنسان ، فلا يرد اليد والعين لأن التعبير فيهما

« لعن الله الفروج على السروج » ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم فى رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر (وكذلك إن طلق جزءا شائعا منها مثل أن يقول نصفك أو ثلثك) طالق لأن الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق ، إلا أنه لايتجزأ فى حق الطلاق فيثبت فى الكل ضرورة (ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق) وقال زفر والشافعى يقع ، وكذا الخلاف فى كل جزء معين لايعبر به عن جميع البدن . لهما أنه جزء مستمتع بعقد النكاح

من كون لفظ الفرج يطلق على المرأة طلاقا للبعض على الكل (قوله رأس القوم) أى أكبرهم (ويا وجه العرب) يعنى يا أوجههم . وبه يندفع ما أورد أن الاستدلال به فاسد لأن معناه أن القوم كالجسد وفلان الرأس منه لا أن فلانا يعبر به عن القوم كلهم . وكذا ماقيل معنى يا وجه العرب أنك فى العرب بمنزلة الوجه لا أنه عبر به عن جملة العرب بالوجه وناداهم به ولا يتم استدلاله به ، على أن الوجه يعبر به عن الجملة إلا إذا كان المراد من قولهم يا وجه العرب يا أيها العرب اهـ . ومبنى كلامه على أن التركيب استعارة بالكناية شبهت العرب بالجسم الواحد لتحامل بعضهم على بعض وتألم بعضهم بتألم بعض ، فأثبت له الوجه . ولا يخفى أنه ليس بلازم لجواز كونه مجازا استعارة تحقيقية شبه الرجل بالرأس لشرفه على سائر الأعضاء لكونه مجمع الحواس وبالوجه لظهوره وشهرته فأطلق عليه رأس القوم ووجههم : أى أشرفهم . وقوله تعالى ـ كل شىء هالك إلا وجهه ـ ويبقى وجه ربك ـ أى ذاته الكريمة ، وأعتق رأسا ورأسين من الرقيق أو إنا بخير مادام رأسك سالما يقال مرادا به الذات أيضا (قوله ومن هذا القبيل الدم) يعنى فى رواية تطلق ويراد به الكل ، وهى رواية كتاب الكفالة ، قال : لو كفل بدمه يصح ، ورواية كتاب العتق لاتصح ، فإنه قال : إذا قال دمك حر لايعتق . وفى الخلاصة صحح عدم الوقوع (قوله وكذلك إن طلق جزءا شائعا) يعنى يقع عليها كنصفها وربعها وسدسها لأن الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره كالإجارة (قوله ولو قال يدك طالق أو رجلك) وهذا يقابل معنى الأول : أى الجزء المعين الذى يعبر به عن الجملة كرقبتك فإنه جزء معين لايعبر به عن الجملة ، ومنه الأصبع والدبر لايقع الطلاق بإضافته إليه خلافا لزفر والشافعى ومالك وأحمد . ولا خلاف أن بالإضافة إلى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحمل لايقع ، والعتاق والظهار والإيلاء وكل سبب من أسباب الحرمة على هذا الخلاف : فلو ظاهر أو آلى أو أعتق إصبعها لايصح عندنا ويصح عندهم ، وكذا العفو عن القصاص وما كان من أسباب الحل كالنكاح لاتصح إضافته إلى الجزء المعين الذى لايعبر به عن الكل بلا خلاف (قوله لهما) حاصله قياس مركب نتيجة الأول أنه : أى الجزء المعين الذى لايعبر به عن الجملة محل لحكم

ولو قال يدك طالق أو رجلك لم يقع الطلاق ، وقال زفر والشافعى : يقع ، وكذا الخلاف فى كل جزء معين لايعبر به عن جميع البدن كالإصبع والشعر والسن والظفر . لهما أنه جزء مستمتع بعقد النكاح ، وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلا لحكم النكاح ، وما كان محلا لحكم النكاح كان محلا للطلاق لأنه رافعه فيكون حالا محله فإذا أضيف إليه الطلاق ثبت الحكم فيه توفية لحق الإضافة ثم يسرى إلى الكل كما فى الجزء الشائع . فإن قيل :

من حيث أنه تاجر وجاسوس فليتأمل . والتفصيل فى مباحث البيان فى المطول قبيل الاستعارة (قال المصنف : ويقال فلان رأس القوم وياوجه العرب) أقول : والكلام وإن كان على التشبيه إلا أنه يعلم منه جواز استعارة الرأس لفلان وكذا الوجه بترك التشبيه ، إلا أنه لايدل هذا على جواز إرادة الشخص نفسه من الرأس المضاف إلى ضمير الخطاب كما فى سيد القوم وسيدك . والأظهر أن يستدل بقولهم :

* أمرى حسن مادام رأسك سالما * وقولهم فى الدعاء يعيش رأسك ، وقوله تعالى ـ ويبقى وجه ربك ـ (قوله كالإصبع والشعر والظفر) أقول : فعلى هذا يكون قول المصنف وظفرها رد المختلف إلى المختلف

وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للإضافة ثم يسرى إلى الكل كما في الجزء الشائع ، بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن التعدى ممتنع إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الأمر على القلب . ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو كما إذا أضافه إلى ريقها أو ظفرها ، وهذا لأن محل الطلاق مايكون فيه القيد لأنه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لاتصح إضافة النكاح إليه . بخلاف الجزء الشائع لأنه محل للنكاح عندنا حتى تصح إضافته إليه فكذا يكون محلا للطلاق .

النكاح فجعل صغرى ويضم إليها ، وما كان محلا لحكم النكاح يكون محلا للطلاق ينتج الجزء المعين الذى لايعبر به عن الجملة محل للطلاق ، وبالقياس الفقهى جزء هو محل لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق كالجزء الشائع ، وهذا على قول طائفة من الشافعية ، فإنهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالإضافة إلى الجزء المعين ، فقيل يقع عليه ثم يسرى كما في العتق . قال الغزالى : هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق ، وقيل يجعل الجزء معبرا به عن الكل فيقع باللفظ ، قالوا : وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو قال إن دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت ، إن قلنا بالسراية لايقع ، وإن قلنا بالعبارة عن الكل يقع (قوله ولنا الخ) حاصله منع محليته للطلاق بمنع علية كونه محلا للحل لكونه محلا للطلاق بل محله مافيه قيد النكاح والقيد وهو منعها من الفعل مع الغير وأمرها به معه : أى تسليمها نفسها ، وعنه كان تخصيصها به هو حكم النكاح أو لا ثم يثبت الحل تبعا له حكما لهذا الحكم ، والطلاق ينبئ عن رفع القيد فيكون وضعه لرفع ذلك ، ويرتفع الحل تبعا لرفعه كما ثبت تبعا لثبوته ، وهذا القيد المعنوى ليس في اليد ولا في غيرها من أجزاء الهوية لأن المنع خطاب ولا يتعلق بالأجزاء الخارجية بل بمسمى العاقل المكلف ولهذا جاز النكاح وإن لم يكن لها يد ، وحل الاستمتاع بالأجزاء المعينة تبع في ذلك ، بخلاف الجزء الشائع إذ لاوجود للمسمى بدونه فكان محلا للنكاح فكذا الطلاق ، ووقوعه بالإضافة إلى الرأس باعتبار كونه معبرا به عن الكل لا باعتبار نفسه مقتصرا ، ولذا نقول : لو قال الزوج عنيت الرأس مقتصرا قال الحلوانى : لايبعد أن يقال لايقع لكن ينبغى أن يكون ذلك فيما بينه وبين الله تعالى ، أما في القضاء إذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشهرا لايصدق ولو قال عنيت باليد صاحبها كما أراد عز قائلا في قوله عز قائلا ـ ذلك بما قدمت يداك ـ أى قدمت وعناه صلى الله عليه وسلم في قوله « على اليد ما أخذت حتى ترد » وتعارف قوم التعبير بها عن الكل وقع بالإضافة إليها لأن الطلاق مبنى على العرف

لو كان الجزء المعين محلا لحكم النكاح لانعقد النكاح إذا أضيف إليه ثم يسرى إلى الكل . أجاب بقوله بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن السراية ممتنعة إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فيمتنع عن السريان (وفي الطلاق الأمر على القلب) يعنى الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الأجزاء وقوله (ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله) ظاهر ، وتوضيحه أن اليد والرجل ونحوهما أطراف وهى أتباع لا محالة ، فإذا ورد عليهما دخل الأتباع كما في شراء تلك الرقبة فيكون ذكر الأصل ذكرا للتبع ، وأما ذكر التبع فلا يكون ذكرا للأصل . فإن قيل : سلمنا ذلك لكن عبر النبى صلى الله عليه وسلم باليد عن جميع البدن في قوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترده » أجيب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف ، وعندنا أن الزوج إذا قال أردت إضمار صاحبها طلقت ، وإنما الكلام من حيث الحقيقة . قال شمس الأئمة الحلوانى : إذا قال لها رأسك

(قوله أجيب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف ، وعندنا أن الزوج إذا قال أردت إضمار صاحبها طلقت) أقول : يمكن أن يدعى مثل ذلك في لعن الله الفروج كما جاء مصرحا به في بعض الروايات ، وكذا في قوله تعالى ـ فتحرير رقبة ـ وغيره ، وقيل تأنيث الفعل يأبى عن تقدير المضاف ، ولايخفى عليك أن التأنيث بناء على اكتسابه إياه من المضاف إليه ، والشرط موجود لأن الأخذ يستند إلى اليد أيضا (قوله وإنما الكلام من حيث الحقيقة) أقول : يعنى بدون الإضمار .

واختلفوا فى الظهر والبطن ،والأظهر أنه لايصح لأنه لايعبر بهما عن جميع البدن (وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت) طالقا (تطليقة واحدة) لأن الطلاق لايتجزأ ، وذكر بعض مالا يتجزأ كذكر الكل ، وكذا الجواب فى كل جزء سماه لما بينا (ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهى طالق ثلاثا) لأن نصف التطليقتين تطليقة ،

ولذا لو طلق النبطى بالفارسية يقع ، ولو تكلم به العربى ولا يدريه لايقع ، ولا مناقشة فى هذا ، إنما الخلاف فى أن مايملك تبعا هل يكون محلا لإضافة الطلاق إليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن الكل ، فأما على مجازه فى الكل لا إشكال أنه يقع يدا كان أو رجلا بعد كونه مستقيما لغة أو لغة قوم (قوله واختلفوا فى الظهر والبطن والأظهر أنه لايصح لأنه لايعبر بهما عن كل البدن) وكذا لو قال ظهرك على أو بطنك على كظهر أمى : أى لايكون مظاهرا ، وقوله صلى الله عليه وسلم « لا صدقة إلا عن ظهر غنى » الظهر مقحم فيه ، أما لو كان فيهما عرف فى إرادة الكل بهما ينبغى أن يقع ،ولذا لايقع بالإضافة إلى البضع ،وما فى بعض النسخ: لو قال بضعك طالق يقع . قال شمس الأئمة الحلوانى : تصحيف ، إنما هو بعضك أو نصفك . وفى الخلاصة : استك طالق كفرجك طالق ، بخلاف الدبر ، قال شارح : عندى فيه نظر لأن الاست بمعنى الدبر وليس بذاك لأن البضع بمعنى الفرج أيضا ويقع فى الفرج دون البضع لجواز تعارف أحدهما فى الكل دون الآخر . والأوجه أن محل النظر كونه كفرجك طالق لما ذكرنا أن المدار تعارف التعبير به عن الكل ،وكون الفرج عبر به عن الكل لايلزم كون الاست كذلك . وهذا لأن حقيقة الأمر أن يقال يقع بالإضافة إلى اسم جزء يعبر به عن الكل فإن نفس الجزء لايتصور التعبير به . هذا وقد يقال على المصنف إن كان المعتبر فى كون اللفظ يعبر به عن الكل شهرته فيجب أن لا يقع بالإضافة إلى الفرج أو وقوع استعماله من بعض أهل اللسان ، فيجب أن لايذكر الخلاف فى اليد لما ثبت من استعمالها فى الكل فى القرآن والحديث على ماذكرناه ،وأيضا ظاهر الكلام أن المضاف إلى الجزء الشائع والمعبر به عن الكل صريح إذا لم يشترط فى الوقوع به النية والصراحة بغلبة الاستعمال ، ومعلوم انتفاء الطلاق كذلك (قوله وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت تطليقة) وكذا الجواب فى كل جزء سماه كالثمن أو قال جزء من ألف جزء من تطليقة . وقال نفاة القياس لايقع به لأن بعض الشىء غيره ، والمشروع الطلاق لا غيره ، ولا يخفى أن المراد بغيره ما ليس إياه ، وإلا فالبعض عند المتكلمين ليس نفسا ولا غيرا . والجواب أن الشرع ناظر إلى صون كلام العاقل وتصرفه ما أمكن ، ولذا اعتبر العفو عن بعض القصاص عفوا عنه ، فلما لم يكن للمذكور جزء كان كذكر كله تصحيحا كالعفو (قوله ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهى طالق ثلاثا لأن نصف التطليقتين تطليقة ،

طالق وعلى اقتصار الطلاق على الرأس لايبعد أن نقول بأنها لاتطلق ، ولو قال يدك طالق وأراد به العبارة عن جميع البدن لايبعد أن نقول بأنها تطلق ، وإذا قال ظهرك طالق أو بطنك طالق اختلف المشايخ فيه ، فقال بعضهم يقع الطلاق لأن الظهر والبطن فى معنى الأصل إذ لايتصور النكاح بدونهما ، بخلاف اليد والرجل . قال المصنف (والأظهر أنه لايصح) أى الإيقاع بكل واحد منهما لأنه لايعبر بهما عن جميع البدن ، ولهذا لو قال ظهرك أو بطنك على كظهر أمى لايكون مظاهرا (وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها طلقت تطليقة واحدة) لأنه ذكر بعض مالا يتجزأ وهو الطلاق ، إذ نصف التطليق أو ثلثه غير مشروع ، وذكر بعض مالا يتجزأ كذكر الكل كالعفو عن بعض القصاص صيانة للكلام عن الإلغاء وتغليبا للمحرم على المبيح وإعمالا للدليل بقدر الإمكان،لأنه إذا أقام الدليل على البعض وهو مما لايتجزأ أوجب إكماله وإلا لزم إبطال الدليل (وكذا الجواب فى كل جزء سماه) والنصف كالربع والثمن والسدس وغيرها (لما بينا) أنه لايتجزأ (ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهى طالق ثلاثا لأن نصف تطليقتين تطليقة) فثلاثة أنصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة ، وهذه

فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف تكون ثلاث تطليقات ضرورة . ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة ، قيل يقع تطليقتان لأنها طلقة ونصف فيتكامل ، وقيل يقع ثلاث تطليقات لأن كل نصف يتكامل فى نفسه فتصير ثلاثا

فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة) وقيل ينبغى أن لا تقع الثالثة لأن فى إيقاعها شكا لأن ثلاثة أنصاف تطليقتين يحتمل ماذكر ويحتمل كونها طلقة ونصفا ، لأن الطلقتين إذا انتصفتا صارتا أربعة أنصاف فثلاثة منهما طلقة ونصف، فتكمل طلقتين ، وهذا غلط من اشتباه قولنا نصفنا طلقتين ونصفنا كلا من طلقتين ، والثانى هو الموجب للأربعة الأنصاف وهو احتمال فى ثلاثة أنصاف تطليقتين فيثبت فى النية لا فى القضاء لأن الظاهر هو أن نصف التطليقتين تطليقة لا نصفا تطليقتين (قوله ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لأنها طلقة ونصف فيتكامل) وهذا هو المنقول عن محمد فى الجامع الصغير وإليه ذهب الناطفى والعتابى ، وعرف منه أنه لو قال نصفى تطليقة يقع واحدة (وقيل يقع ثلاث تطليقات لأن كل نصف يتكامل فى نفسه فتصير ثلاثا) والثلاث كالجمع اختصارا للمتعاطفات ، فكأنه قال نصف تطليقة ونصف تطليقة ونصف تطليقة ، ولو قيل إن المعنى نصف تطليقة ونصفها الآخر ومثله بالضرورة إذ ليس للشىء إلا نصفان فيقع ثنتان اتجه لأن نصفها ونصفها أجزاء طلقة واحدة كقوله نصف طلقة وسدسها وثلثها حيث يقع واحدة لاتحاد مرجع الضمير ، بخلاف نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة حيث يقع ثلاث لأن النكرة إذا أعيدت نكرة فالثانية غير الأولى فأوقع من كل تطليقة جزءا ولو زاد أجزاء الواحدة مثل نصف طلقة وثلثها وربعها وقعت ثنتان للزوم كون

المسئلة من خواص مسائل الجامع الصغير . قال فخر الإسلام : إنما أورد : يعنى محمدا هذه المسئلة لإشكال وهو أن كل عدد نصفته لايكون إلا نصفين ، فالقول بالثلاثة فى ذلك يجب أن يلغو . والجواب أنه أراد بهذه التسمية الطلاق يعنى أراد ثلاث طلقات واستعمل فى ذلك ثلاثة أنصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا أن نصف تطليقتين إذا كان تطليقة فثلاثة أنصافهما تكون ثلاث تطليقات . ومن الناس من قال لايقع شىء لأنه مهمل لامعنى له . ومنهم من يقول يقع واحدة لأن ذكر العدد كان لغوا فبقى قوله أنت طالق . ولقائل أن يقول : هذا الكلام إما أن يكون حقيقة فيما أراد أو مجازا ، ولا سبيل إلى الأول لأن اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا إلى الثانى لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال . والجواب أنه مجاز ، وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبى حنيفة والاتصال موجود لأنه من باب ذكر الجزء وإرادة الكل . وطولب بالفرق بين ما إذا قال لها أنت طالق ثلاثة أرباع تطليقتين لم تطلق إلا ثنتين ولم نقل وقد أوقع ثلاث مرات ربع تطليقتين وربع التطليقتين نصف تطليقة . ومن أوقع على امرأته ثلاث مرات نصف تطليقة طلقت ثلاثا . وأجيب بأن جواب هذا اللفظ غير محفوظ . وبعد التسليم فالفرق واضح بين ، فإن الأجزاء التى أوقعها هناك وهى ثلاثة أرباع موجودة فى التطليقتين لأن ربع تطليقتين نصف تطليقة فثلاثة أرباع تطليقتين تطليقة ونصف فيقع تطليقتان فلا وجه إلى صرف الكلام عن ظاهره ، وههنا الأجزاء التى أوقعها غير موجودة فى التطليقتين إذ ليس للتطليقتين ثلاثة أنصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام العاقل على ما ذكرنا (ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع طلقتان) وهو المنقول عن محمد فى الجامع الصغير وإليه ذهب الناطفى فى الأجناس والعتابى فى شرح الجامع الصغير . وقال العتابى : هو الصحيح

(قوله وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبى حنيفة رحمه الله) أقول : فينبغى أن تكون المسألة خلافية (قوله لأنه من باب ذكر الجزء وإرادة الكل الخ) أقول : فيه أنه لايعقل كون ثلاثة أنصاف جزء الشىء إلا أن يكتفى بجزئية النصف .

(ولوقال أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو مابين واحدة إلى ثنتين فهى واحدة . ولوقال من واحدة إلى ثلاث أو مابين واحدة إلى ثلاث فهى ثنتان . وهذا عند أبى حنيفة .وقال فى الأولى هى ثنتان وفى الثانية ثلاث) وقال زفر : الأولى لايقع شىء . وفى الثانية تقع واحدة ، وهو القياس لأن الغاية لاتدخل تحت المضروب له

الجزء الأخير من أخرى ، وعلى هذا لوقيل يقع ثلاث إذا قال نصف طلقة وثلثاها وسبعة أثمانها لم يبعد . إلا أن الأصح فى اتحاد المرجع وإن زادت أجزاء واحدة أن تقع واحدة لأنه أضاف الأجزاء إلى واحدة نص عليه فى المبسوط . والأول هو المختار عند جماعة من المشايخ . ولوقال لأربع نسوة له بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة وكذا إذا قال بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع إلا إذا نوى أن كل تطليقة بينهن جميعا فيقع فى التطليقتين على كل منهما تطليقتان وفى الثلاث ثلاث . ولو قال بينكن خمس تطليقات ولا نية له طلقت كل تطليقتين . وكذا مازاد إلى ثمان . فإن زاد على الثمان فقال تسع طلقت كل ثلاثا ولا يخفى الوجه . وكذا لو قال أشركتكن فى ثلاث تطليقات فلفظ بين ولفظ الإشراك سواء . بخلاف ما لو طلق امرأتين له كل واحدة واحدة ثم قال لثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لأنه شركها فى كل تطليقة . وفى آخر باب الطلاق من المبسوط : لو قال فلانة طالق ثلاثا ثم قال أشركت فلانة معها فى الطلاق وقع على الأخرى ثلاث ، بخلاف ما تقدم . لأن هناك لم يسبق وقوع شىء فينقسم الثلاث بينهن نصفين قسمة واحدة وهذا قد أوقع الثلاث على الأولى فلا يمكنه أن يرفع شيئا مما أوقع عليها بإشراك الثانية ، وإنما يمكنه أن يسوّى الثانية بها بإيقاع الثلاث عليها ، ولأنه أوقع الثلاث على الأولى فكلامه فى حق الثانية إشراك فى كل واحدة من الثلاث فكأنه قال بينكما ثلاث تطليقات ، وهو يوجب أن كل تطليقة بينهما . وقد ورد استفتاء فيمن قال لزوجته أنت طالق ثلاثا وقال لأخرى أشركتك فيما أوقعت عليها ولثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما ، وبعد أن كتبنا تطلق الثلاث ثلاثا ثلاثا قلنا : إن وقوعهن على الثالثة باعتبار أنه أشركها فى ست . وفى المبسوط أيضا : لو قال لامرأتين أنتما طالقتان ثلاثا ينوى أن الثلاث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فيه فتطلق كل منهما ثنتين لأنه من محتملات لفظه لكنه خلاف الظاهر فلا يدين فى القضاء فتطلق كل ثلاثا ، وكذا لو قال لأربع أنتن طوالق ثلاثا ينوى أن الثلاث بينهن فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة وفى القضاء تطلق كل ثلاثا (قوله أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو مابين واحدة إلى ثنتين فهى واحدة ، ولو قال من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث فهى ثنتان) وهذا التفصيل عند أبى حنيفة ، وقالا : فى الأولى وهى قوله من واحدة إلى ثنتين وما بين واحدة إلى ثنتين يقع ثنتان وفى الثانية وهى قوله من واحدة إلى ثلاث وما بين واحدة إلى ثلاث يقع ثلاث . وقال زفر فى الأولى : لايقع شىء وفى الثانية يقع واحدة

لأن ثلاثة أنصاف تطليقة تكون تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله أنت طالق واحدة ونصف تطليقة . وقال بعض المشايخ : يقع ثلاثة لأن كل نصف يكون طلقة واحدة لأن الطلاق لايقبل التجزئة فيصير ثلاثة أنصاف تطليقة ثلاث طلقات لا محالة . قال (ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثنتين) إذا طلقها مشتملا كلامه على الغايتين ، فإما أن تدخل الغايتان وهو قولهما أو لاتدخلا وهو قول زفر أو يدخل الابتداء دون الانتهاء وهو قول أبى حنيفة ، والقسم الرابع وهو أن يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به أحد . وجه قول زفر أن غاية الشىء لاتدخل فيه وإلا لم يكن غاية كما فى المحسوسات كقوله بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط ، وهو قياس محض . وروى أن أبا حنيفة حجه حيث قال له كم سنك ؟ فقال ما بين ستين إلى سبعين ، فقال له إذن أنت ابن

الغاية ، كما لو قال بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط . وجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام متى ذكر فى العرف يراد به الكل ، كما تقول لغيرك خذ من مالى من درهم إلى مائة .

وتسمية الصورتين أولى ثم الصورتين ثانية باعتبار اتحاد مدخول إلى فى الصورتين ، فالأولى ما كان مدخول إلى ثنتين ، والثانية ما كان مدخولها ثلاثا . ثم قال المصنف فى قول زفر : وهو القياس لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط . واعلم أن زفر لا يدخل الحدين لا الأول ولا الثانى ، والعرف أن يراد بالغاية المتأخرة فقط مدخولة إلى وحتى لأنها المنتهى . فوجه ما ذكر المصنف باستعمال الغاية فى الحد : أى الحد من الطرفين لا يدخل تحت المضروب له الحد والمضروب له هو البيع مثلا فلا يدخل الحدان فيه ، فكذا فى الطلاق . وقد صرح بتسمية الأولى غاية فى وجه أبى حنيفة حيث قال ثم الغاية الأولى . والمراد بالقياس قضية اللفظ لا القياس الأصولى . لأن زفر إنما بنى جوابه على قضية اللفظ كما يفيده جوابه المنقول للأصمعى حين سأله عند باب الرشيد عن قول الرجل أنت طالق ما بين واحدة إلى ثلاث فقال : تطلق واحدة لأن كلمة ما بين لا تتناول الحدين ، وكذلك من واحدة إلى ثلاث لأن الغاية لا تدخل تحت المغيا فألزمه فى قول الرجل كم سنك فقال من ستين إلى سبعين أن يكون عمره تسع سنين فيكون إيراد مسئلة البيع ذكر محل بإعمال اللفظ كالدليل السمعى بذكر محل إعماله ليبين أنه غير متروك الظاهر لا للقياس عليها . والحاصل أن ذكر البيع على هذا زيادة على تمام الدليل لا أصل القياس فيكون جزء الدليل ، ثم قد نسب إلى أبى حنيفة ما نسب إلى الأصمعى غير أنه قال له فى الإلزام كم سنك ؟ فقال له زفر : ما بين ستين إلى سبعين فقال له أبو حنيفة سنك إذا تسع سنين ، وهذا بعيد إذ يبعد أن يجيب فيما بين واحدة إلى ثلاث ونحوه بذلك ثم يقال له كم سنك فيجيب بلفظ ما بين دون أن يقول خمسة وستين ونحوه مع ظهور ورود الإلزام حينئذ إلا وقد أعد جوابه فلم يكن بحيث ينقطع . على أنه روى أنه قال عند إلزام الأصمعى استحسن فى مثل هذا ، والذى يتبادر فى وجه استحسانه أن فى قول الرجل سنى ما بين الستين إلى السبعين عرفا فى إرادة الأقل من الأكثر والأكثر من الأقل ، ولا عرف فى الطلاق إذ لم يتعارف التطليق بهذا اللفظ فيبقى على ظاهره ، وقد قيل من طرفه غير هذا ، وهو أن ما بين العددين المذكورين أكثر من ستين فكيف يكون تسعة ، وهذا بناء على أن ما بين ستين وسبعين أحد وستون واثنان وستون إلى تسع وستين لا واحدة إلى تسعة ، وإنما يصح إذا لم يعتبر الحد الأول خارجا عن مسمى لفظ ما بين كذا وكذا ، والظاهر أنه خارج ، وجواب زفر حيث قال لا يتناول الحدين صريح فيه ، والأوجه ما ذكرنا له والله أعلم (قوله وجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام متى ذكر فى العرف يراد به الكل) كقول الرجل خذ من مالى من

تسع سنين فتحير . وروى فخر الإسلام أن الأصمعى هو الذى حجه على باب الرشيد قال له : ما تقول فيمن قال لامرأته أنت طالق ما بين واحدة إلى ثلاث ؟ قال تطلق واحدة لأن كلمة ما بين لا تتناول الحدين ، فقال له ما تقول فى رجل قيل له كم سنك ؟ فقال ما بين ستين إلى سبعين يكون ابن تسع سنين ، فتحير زفر واستحسن فى مثل هذا ويلزم على قوله أن من قال من واحدة إلى واحدة لا يقع شىء ، وقيل يقع واحدة لأنه لما جعل الشىء الواحد حدا ومحدودا لغا آخر كلامه لعدم تصور ذلك وبقى أنت طالق . ووجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل

(قوله لغا آخر كلامه) أقول : يعنى قوله من واحدة إلى واحدة .

ولأبى حنيفة رحمه الله أن المراد به الأكثر من الأقل والاقل من الأكثر فإنهم يقولون سنى من ستين إلى سبعين ومابين ستين إلى سبعين ويريدون به ما ذكرناه ، وإرادة الكل فيا طريقه طريق الإباحة كما ذكر ، إذ الأصل فى الطلاق

عشرة إلى مائة وبع عبدى بما بين مائة إلى ألف وكل من الملح إلى الحلو . له أخذ المائة والبيع بألف وأكل الحلو (قوله ولأبى حنيفة أن المراد فى العرف الأقل من الأكثر والأكثر من الأقل) ولا يخفى أن المراد أن ذلك إنما هو إذا كان بين الحدين متخلل فإنه لايتحقق فى نحو من درهم إلى درهمين إرادة مجموع الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر ، ففى نحو طالق من واحدة إلى ثنتين انتفى ذلك العرف منه عنده فوجب إعمال طالق فيقع واحدة . ولا يعترض بأنه لايتأتى فى من واحدة إلى ثنتين لأنه لم يذكر إلا لما يصدق عليه ولم يدع أنه جار فى غيره ليعترض بأنه لم يصدق فى عدم متخلل مع أنه مسوق لنفى قولهما يجب الأكثر . والحاصل أن قول كل من الثلاثة استحسان بالتعارف بالنسبة إلى قول زفر إلا أنهما أطلقا فيه ، وأبو حنيفة يقول إنما وقع كذلك فيما مرجعه إباحة كالمثل المذكورة ؛ أما ما أصله الحظر حتى لايباح إلا لدفع الحاجة فلا والطلاق منه فكان قرينة على عدم إرادة الكل ، غير أن الغاية الأولى لابد من وجودها ليترتب عليها الطلقة الثانية فى صورة إيقاعها وهى صورة من واحدة إلى ثلاث إذ لاثانية بلا أولى ووجود الطلاق عين وقوعه ، بخلاف الغاية الثانية وهى ثلاث فى هذه الصورة فإنه يصح وقوع الثانية بلا ثالثة ، أما صورة من واحدة إلى ثنتين فلا حاجة إلى إدخالها لأنها إنما دخلت ضرورة إيقاع الثانية وهو منتف ، وإيقاع الواحدة ليس باعتبار إدخالها غاية بل بما ذكرنا من انتفاء العرف فيه فلا يدخلان ويقع بطالق وهذا كما صحح فى قوله من واحدة إلى واحدة أنه يقع واحدة عند زفر خلافا لما قيل لايقع عنده شىء لعدم التخلل . ووجه بأنه يلغو قوله من واحدة إلى واحدة لامتناع كون الواحد مبدأ للغاية ومنتهى ويقع بطالق واحدة ، كذا هنا يجب أن يلغو من واحدة إلى ثنتين عنده ثم يقع بطالق واحدة ، وأورد إذا قيل طالق ثانية لايقع إلا واحدة .

هذا الكلام فى العرف يراد به الكل ، كما يقال لغيره خذ من مالى من درهم إلى مائة . ولأبى حنيفة أن المراد بمثل هذا الكلام الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر وهو مابينهما ، فإنهم يقولون سنى من ستين إلى سبعين أو مابين ستين إلى سبعين ويريدون ماذكرناه : يعنى الأكثر من الأقل أو الأقل من الأكثر ، قيل فيه نظر لأنه لايتمشى فى قوله من واحدة إلى ثنتين . وأجيب بأنه يتمشى فيه أيضا لأن الأكثر فيه الثلاث والأقل الواحد ، والأكثر من الأقل والأقل من الأكثر الثنتان . وليس بشىء لأن قوله لأن الأكثر فيه : يعنى فى الطلاق ، وليس الكلام فى الأكثر فى الطلاق وإنما الكلام فى الأقل والأكثر فى كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه . وأقول : قوله إن المراد به الأكثر من الأقل : معناه إذا كان بينهما عدد كما فى قوله من واحدة إلى ثلاث . وقوله سنى من ستين إلى سبعين . وقوله والأقل من الأكثر معناه : إذا لم يكن بينهما ذلك كما فى قوله من واحدة إلى ثنتين ، وعلى هذا يسقط الاعتراض . وقوله (وإرادة الكل) جواب عن قولهما يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالى من درهم إلى

(قوله وأجيب بأنه يتمشى إلى قوله والأقل من الأكثر ثنتان) أقول : فيلزم أن يقع الثنتان عند قوله من واحدة إلى اثنتين عند أبى حنيفة رحمه الله وليس كذلك (قوله وإنما الكلام فى الأقل والأكثر فى كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه) أقول : لانسلم ذلك ، ألا يرى : أنه لو قال من واحدة إلى عشر يقع ثنتان عند أبى حنيفة رحمه الله والمسألة فى شرح الكنز الزيلعى وفتح القدير (قوله وأقول قوله إن المراد به الأكثر من الأقل ، معناه إذا كان بينهما عدد الخ) أقول : فيه بحث : فإنه إذا تخلل بينهما شىء يراد الأقل من الأكثر والأكثر من الأقل ، فلا وجه للتخصيص الذى ذكره الشارح ولا يلائمه قول المصنف فإنهم يقولون سنى من ستين فليتأمل (قوله معناه إذا لم يكن بينهما ذلك) أقول : لابد لذلك من دليل ولم يذكر من طرف أبى حنيفة رحمه الله .

هو الحظر ، ثم الغاية الأولى لابد أن تكون موجودة ليترتب عليها الثانية ، ووجودها بوقوعها ، بخلاف البيع لأن

أجيب بأن ثانية لغو فيقع بأنت طالق واحدة ، بخلاف قوله هنا من واحدة إلى ثلاث فإنه كلام معتبر فى إيقاع الثانية فلا يتحقق ذلك إلا بعد إيقاع الأولى . فإن قيل : لفظ ما بين هذا وهذا يستدعى وجود الأمرين ووجودهما وقوعهما فيقع الثلاث . والجواب أن ذلك فى المحسوسات ، أما ما نحن فيه من الأمور المعنوية فإنما يقتضى الأول واحتمال وجود الثانى عرفا ، فنى من الستين إلى السبعين يصدق إذا لم يبلغ السبعين بل منتظره ولم يعد مخطئا فى التكلم به لإفادة ذلك القدر . بقى أن يقال : إن هذا إن انتهض عليهما لاينتهض على زفر لما تقدم أنه يقال من طرفه لاعرف فى الطلاق فلا يلزم إدخال الغاية الأولى لأن مابين إنما يتناول الثانية لامن حيث هى ثانية الواقع بل من حيث هى ما بين الواحدة والثلاث فلا احتياج إلى إدخالها ضرورة إيقاع الثانية فى من واحدة إلى ثلاث . ولما لم يثبت تعارف مثل ذلك التركيب فى الطلاق وجب اعتبار مؤدى أجزاء لفظه وهى لاتوجب إلا دخول مابين الحدين ولا مخلص إلا بادعاء أن العرف أفاد أن مثله يراد به ذلك فى أى مادة وقع وقد لايسلمه زفر (قوله بخلاف) جواب عن قياس زفر على مسئلة من هذا الحائط إلى هذا الحائط بالفرق بأن التطليقة الثانية واقعة ولا وجود لها إلا بوقوع الأولى فوقعت ضرورة ، بخلاف الغاية فى البيع فإنها لم تدع ضرورة إلى إدخالها فى المغيا فبقيت الغايتان خارجتين ، وأنت علمت أن الاستدلال على الأقوال الثلاثة ليس إلا بقضية اللفظ ، ومسئلة البيع لإظهار أن اللفظ لم يترك ظاهره فتحقيق الفرق على قول أبى حنيفة أن العرف فيه إرادة الأكثر من الأقل إلى آخره فاقتضى فى من واحدة إلى ثلاث وقوع ثنتين لأنهما الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر فلزم وقوع الأولى ،

مائة وهو ظاهر . وقوله (ثم الغاية الأولى) جواب عن قول زفر . ووجهه أن القياس أن لاتدخل الغايتان كما ذكرت ، إلا أن الغاية الأولى لابد أن تكون موجودة لأنه أوقع الثانية ، ولايصح إلا بعد وجود مايترتب عليه الثانية ووجودها بوقوعها . وقوله (بخلاف البيع) جواب عن قوله كما لو قال بعتك من هذا الحائط . ووجه ذلك أنه قياس فاسد لأن الغاية فى المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة فى إدخالها ، وأما فى صورة النزاع فإنها ليست بموجودة ولا بد من وجودها ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها والحاصل أنا لم نقل بأن الغاية داخلة ، وإنما قلنا إنه لابد من وجودها لضرورة الثانية . ونوقض بما لو قال أنت طالق تطليقة ثانية لم يقع إلا واحدة ولم يضطر فيه إلى الأولى لوقوع الثانية . وأجيب بأن قوله ثانية صار لغوا ، بخلاف قوله من واحدة إلى ثلاث فإنه كلام معتبر فى إيقاع الطلاق بالاتفاق ، ولا يتحقق ذلك إلا بعد وقوع الأولى . ولو نوى فى قوله من واحدة إلى ثلاث أو مابين واحدة إلى ثلاث وأشباههما واحدة صدق ديانة لأنه محتمل كلامه لاقضاء لأنه

(قوله ولابد من وجودها الخ) أقول : إذا كانت الطلقة الأولى موجودة قبل هذا الكلام ينبغى أن يقع بهذا الكلام واحدة عنده (قوله وأجيب بأن قوله ثانية صار لغوا الخ) أقول : لم لاتثبت الطلقة الأولى اقتضاء ويلغو كلام العاقل ؟ ينبغى أن يتأمل فيه ، ولعل وجهه صون فعله عن الكراهة ، فإن إيقاع الطلقتين معا مكروه كما سبق ، وسيجىء نظيره فى رأس الورقة الثانية ، وتفصيله أن صون كلامه عن الإلغاء وصون فعله عن الكراهة تعارضا فبقى الأصل وهو عدم الاقتضاء (قوله فى إيقاع الطلاق بالاتفاق) أقول : يعنى منا ومن زفر (قوله ولو نوى فى قوله من واحدة إلى ثنتين الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا قال من واحدة إلى ثنتين أو مابين واحدة إلى ثنتين تقع واحدة عند أبى حنيفة رحمه الله قضاء وديانة فما وجه هذا الكلام ؟ ويجوز أن يقال : مراده يصدق عندهما ، وفى أشباههما يصدق عنده وعندهما فليتأمل فإن بيانه قول المصنف لما ذكرنا بما بين يأبى عن هذا .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الغاية فيه موجودة قبل البيع . ولو نوى واحدة يدين ديانة لاقضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر (ولو قال أنت طالق واحدة فى ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهى واحدة) وقال زفر : تقع ثنتان لعرف الحساب ، وهوقول الحسن بن زياد . ولنا أن عمل الضرب أثره فى تكثير الأجزاء لا فى زيادة المضروب ، وتكثير أجزاء الطلقة لايوجب تعددها (فإن نوى واحدة وثنتين فهى ثلاث) لأنه يحتمله فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ، ولوكانت غير مدخول بها تقع واحدة كما فى قوله واحدة وثنتين ،

بخلاف بعت من هذا الحائط إلى هذا الحائط لأن التعارف إنما وقع فى الأعداد نحو من ستين إلى سبعين وما بين ستين إلى سبعين ونحوه فبقى اللفظ فى غيرها على مقتضاه لغة فلا تدخل الغايتان . وبه اندفع سؤال أن مابين يقتضى وجود الطرفين فيقعان كقولهما فإن العرف أعطى أن قضيته عدم وقوع الثانية .

[فرعان] لوقال من واحدة إلى عشرة يقع ثنتان عند أبى حنيفة ، وقيل يقع ثلاث لأن اللفظ معتبر فى الطلاق ، حتى لو قالت طلقنى ستا بألف وطلقها ثلاثا وقعت الثلاث بخمسمائة ، ولو قال مابين واحدة وثلاث وقعت واحدة نقل عن أبى يوسف ، بخلاف ما إذا كان غاية ، وكذا يجب عند الكل إلا إن كان فيه العرف الكائن فى الغاية (قوله ولو نوى واحدة) أى فى من واحدة إلى ثلاث وفى مابين واحدة إلى ثلاث إذا كان فيه عرف الغاية (قوله لأنه خلاف الظاهر) وفيه تخفيف عليه (قوله ولو قال أنت طالق واحدة فى ثنتين ونوى الضرب والحساب) عالما بعرف الحساب(فهى واحدة) ففيما إذا لم تكن له نية أولى أن تقع واحدة . وقال زفر والحسن ابن زياد : يقع ثنتان بعرف الحساب ، وهوقول مالك والشافعى فى وجه إذا لم يعرف الحساب لكنه قصد موجبه عند الحساب ، فلوكان ممن يعرف الحساب وقصد موجبه عندهم وقع ثنتان وجها واحدا ، وبه قال أحمد . وعندنا يقع واحدة بكل حال . وجه قول زفر أن عرفهم فيه تضعيف أحد العددين بعدد الآخر ، فقوله واحدة فى ثنتين كقوله واحدة مرتين أو ثنتين مرة وثنتين فى ثنتين ثنتين مرتين فكأنه قال طالق أربعا فيقع الثلاث ، فالإلزام بأنه لوكان كذلك لم يبق فقير فى الدنيا لامعنى له أصلا ، لأن ضربه درهمه مثلا فى مائة ألف إن كان على معنى الإخبار كقوله عندى درهم فى مائة فهوكذب ، وإن كان على الإنشاء كجعلته فى مائة لايمكن لأنه لاينجعل بقوله ذلك مائة فليس ذلك الكلام بشىء (قوله أثره فى تكثير المضروب لا فى زيادة العدد) والطلقة التى جعل لها أجزاء كثيرة لاتزيد على طلقة ، ولا يخفى أن هذا لامعنى له بعد قولنا إن عرف الحساب فى التركيب اللفظى كون أحد العددين مضعفا بعدد الآخر ، فإن العرف لايمنع ، والفرض أنه تكلم بعرفهم وأراده فصار كما لو أوقع بلغة أخرى فارسية أو غيرها وهو يدريها (قوله فإن نوى واحدة وثنتين) بقوله واحدة فى ثنتين وهى مدخول بها وقعت ثلاثة لأنه يحتمله ، فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف فصح أن يراد به معنى الواو ، ولوكانت غير مدخول

خلاف الظاهر ، لما ذكرنا أن مثل هذا الكلام يراد به الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر (ولو قال أنت طالق واحدة فى ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهى واحدة . وقال زفر : يقع ثنتان لعرف الحساب) فيما بينهم أن واحدة فى ثنتين ثنتان (ولنا أن عمل الضرب فى تكثير الأجزاء لا فى زيادة المضروب) لأن الغرض به إزالة كسر يقع عند القسمة ، فعنى واحدة فى ثنتين واحدة ذات جزءين ، وتكثير أجزاء الطلقة لايوجب تعددها) كما لو قال أنت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعها وسدسها وثمنها لم يقع إلا واحدة (فإن نوى واحدة وثنتين فهى ثلاث لأنه يحتمله لأن الواو للجمع والظرف يجمع المظروف)وقوله(ولوكانت غير مدخول بها) واضح

وإن نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلاث لأن كلمة « فى » تأتى بمعنى « مع » كما فى قوله تعالى ـ فادخلى فى عبادى ـ أى مع عبادى ، ولو نوى الظرف تقع واحدة ، لأن الطلاق لايصلح ظرفا فيلغو ذكر الثانى (ولو قال اثنتين فى اثنتين ونوى الضرب والحساب فهى ثنتان) وعند زفر ثلاث لأن قضيته أن تكون أربعا ، لكن لامزيد للطلاق على الثلاث . وعندنا الاعتبار المذكور الأول على ما بيناه (ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهى واحدة يملك الرجعة) وقال زفر : هى بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول

بها وقعت واحدة كما لو قال لها أنت طالق واحدة وثنتين ، وإن نوى معنى لفظة مع وقعت ثلاث عليها مدخولا بها كانت أو غير مدخول بها ، كما لو قال لغير المدخول بها طالق واحدة مع ثنتين ، وإرادة معنى لفظة مع بها ثابت كما فى قوله تعالى ـ فادخلى فى عبادى ـ أى مع عبادى . وفى الكشاف أن المراد فى جملة عبادى ، وقيل فى أجساد عبادى ، ويؤيده قراءة فى عبدى فهى على حقيقتها على هذا ، ولا يخفى أن تأويلها مع عبادى ينبو عنه ـ وادخلى جنتى ـ فإن دخوله معهم ليس إلا إلى الجنة ، فالأوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى ـ ويتجاوز عن سيئاتهم فى أصحاب الجنة ـ وعن الاحتمال المذكور ولو وقع مثله فى الإقرار بأن قال له على عشرة فى عشرة وادعى الخصم الجميع : أى مجموع الحاصل على الاصطلاح يحلفه القاضى أنه ما أراد الجميع ، أما لو أراد معنى الظرف لغا ولم يقع إلا المذكور أولا ، ففى واحدة فى ثنتين واحدة وفى ثنتين فى ثنتين ثنتان اتفاقا ، لأن الطلاق لايصلح لحقيقة الظرف فيلغو الثانى (قوله ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهى واحدة رجعية وقال زفر : بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول) وأورد عليه أنه لو قال طالق طلقة طويلة أو عريضة كانت رجعية عند زفر فكيف يعلل البينونة هنا بالطول ؟ أجيب باحتمال كونه يفرق بين وصفه بالطول صريحا فيوقع به الرجعى وكناية فيوقع به البائن

(وإن نوى واحدة مع ثنتين وقع الثلاث) سواء كانت مدخولا بها أو لم تكن (لأن كلمة فى تأتى بمعنى مع كما فى قوله تعالى ـ فادخلى فى عبادى ـ) عند بعض أهل التأويل ، وهذا لأن أحد العددين لايصلح أن يكون ظرفا للآخر وبين الظرف والمظروف معنى المعية فاستعير له (ولو نوى الظرف تقع واحدة) لأن الطلاق معنى فقهى لايصلح أن يكون ظرفا للغير فيلغو ذكر الثانى (ولو قال اثنتين فى اثنتين ونوى الضرب والحساب) والضرب تضعيف أحد العددين بقدر ما فى العدد الآخر كالأربعة فى الخمسة يحصل عشرون لأن العشرين تضعيف الأربعة خمس مرات أو تضعيف الخمسة أربع مرات (فهى ثنتان) وعند زفر ثلاث لأن قضيته أن تكون أربعا بعرف الحساب (لكن لامزيد للطلاق على الثلاث . وعندنا الاعتبار للمذكور الأول على ما بيناه) يعنى فى قوله إن عمل الضرب فى تكثير الأجزاء لا فى زيادة المضروب (ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهى واحدة يملك الرجعة . وقال زفر : هى بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول) والطول يستعمل فى القوة وقوة الشىء

(قال المصنف : كما فى قوله تعالى ـ فادخلى فى عبادى) ـ أقول : أنت خبير بأنه لامنع هنا عن حمل « فى » على الظرفية بل هى الظاهرة . قال ابن الهمام : ولايخفى أن تأويله « مع » ينبو عنه ـ وادخلى جنتى ـ فإن دخولها معهم ليس إلا إلى الجنة ، فالأوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى ـ ونتجاوز عن سيئاتهم فى أصحاب الجنة ـ انتهى (قال المصنف : لأنه وصف الطلاق بالطول) أقول : قال الزيلعى : لايقال إنه لو رح بالطول لا يكون بائنا عنده فكيف يمكن إيقاع البائن عنده بهذا القول ؟ لأنا نقول : الكناية أقوى من الصريح فجاز أن يختلف ؛ ألا يرى أن قولهم فلان كثير الرماد أبلغ فى الوصف بالكرم من قولهم جواد ، ولأن قوله إلى الشام يفيد الطول والعرض فجاز أن تقع به البينونة عنده ، بخلاف ما إذا وصفه بالطول لأنه لايستعظم عادة ذكره فى الكافى ، وجائز أن يكون له روايتان ، وفى النهاية يحتمل أن يستفاد من

قلنا : لا بل وصفه بالقصر لأنه متى وقع وقع فى الأماكن كلها (ولو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة فهى طالق فى الحال فى كل البلاد ، وكذلك لو قال أنت طالق فى الدار) لأن الطلاق لايتخصص بمكان دون مكان ،

لأن الإثبات بطريق الكناية أبلغ منه بالصريح كما فى كثير الرماد لأنه أبلغ من جواد لأنه إثبات الجود له ببينة : أعنى كثرة الرماد ، وأنه تعليل على مذهبنا إلزاما كأنه قال لما قال من هنا إلى الشام فقد وصفه بالطول ، ولو وصفه بالطول صريحا بأن قال طلقة طويلة تقع بائنة عندكم فكذا كناية بالأولى لما قلنا ، وقد فعل له مثل ذلك حيث علل سقوط النية فى صوم رمضان عن الصحيح المقيم بالقياس على صاحب النصاب إذا دفعه إلى الفقير بعد الحول ولم ينو الزكاة مع أن الزكاة لاتسقط عنده إذا تصدق بجميع النصاب بعد الحول كذلك ، أو أن عنه فى المسئلة روايتين كما جوزه فى الكافى لأن بعض المشايخ قال فى دليله لأنه وصفه بالطول . ولو قال أنت طالق طلقة طويلة كان بائنا كذا هنا ، ولأن قوله من هنا إلى الشام يفيد الطول والعرض فجاز أن لاتحصل البينونة عنده بأحدهما وتحصل بالوصف بهما لأنه يفيد العظم فكأنه قال كالجبل ، لكن مقتضى هذا أن لايقتصر على قوله لأنه وصفها بالطول بل يقول لأنه وصفها بالطول والعرض (قوله قلنا بل وصفه بالقصر لأنه متى وقع الطلاق وقع فى كل الدنيا وفى السموات) ثم هو لايحتمل القصر حقيقة فكان قصر حكمه وهو بالرجعى وطوله بالبائن ولأنه لم يصفها بعظم ولا كبر بل مدها إلى مكان وهو لايحتمل ذلك أصلا فلم يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة فلا بينونة . وقال التمرتاشى : إنه إنما مد المرأة لا الطلاق . ووجهه أنه حال ولا يصلح صاحب الحال فى التركيب إلا الضمير فى طالق (قوله ولو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة طلقت فى الحال) وكذا فى الدار وإن لم يكن فى مكة ولا الدار ، وكذا فى الظل والشمس والثوب كالمكان ، فلو قال طالق فى ثوب كذا وعليها غيره طلقت للحال ، وكذا إذا قال أنت طالق وأنت مريضة ، وإن قال عنيت إذا لبست وإذا مرضت دين فيما بينه وبين الله تعالى لا فى القضاء لما فيه من التخفيف على نفسه ، كما إذا قصد بقوله بمكة أو فى مكة إذا دخلت مكة فإنه يتعلق بالدخول ديانة لا قضاء (قوله لأن الطلاق لايختص بمكان دون مكان) المعنى أن الطلاق لايتصور أن يتعلق بمكان بعينه دون غيره لأن الطلاق المعنى به رفع القيد الشرعى معدوم فى الحال ، وقد جعل الشارع لمن له التخلص بلفظ وضعه

إنما تظهر بامتناعه عن قبول الإبطال ، وذلك فى البائن دون الرجعى. فإن قيل : إذا صرح بذكر الطول فقال أنت طالق تطليقة طويلة وقع رجعيا عنده فكيف صح تعليله بالطول ؟ أجيب بأنه إذا قال إلى الشام كنى عن الطول والكناية أقوى من التصريح لكونها دعوى الشىء ببينة وموضعه علم البيان . وأقول : هذه خطابة لاتكاد تنهض فى مقام الاستدلال ، وقيل يجوز أن يكون عنده فى هذه المسألة روايتان ، وهذا أقرب (وقلنا لا بل وصفه بالقصر لأنه إذا وقع وقع فى الأماكن كلها) فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة إلى ما وراءه (ولو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة فهى طالق فى الحال فى كل البلاد ، وكذا لو قال أنت طالق فى الدار لأن الطلاق لايتخصص بمكان دون آخر)

قوله من ههنا إلى الشام المبالغة فى الطول : أى بالطول الكثير فحذفت الصفة كقوله تعالى ـ يأخذ كل سفينة غصبا ـ أى كل سفينة صحيحة أو صالحة أو سليمة انتهى . وفى قول صاحب الكافى ولأن قوله إلى الشام يفيد الطول والعرض بحث ، لأن العرض غير مذكور فى دليله على ماذكر فى هذا الكتاب .

وإنْ عنى به إذا أتيت مكة يصدق ديانة لاقضاء لأنه نوى الإضمار وهو خلاف الظاهر، وكذا إذا قال أنت طالق وأنت مريضة، وإن نوى إن مرضت لم يدين فى القضاء (ولو قال أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة) لأنه علقه بالدخول . ولو قال أنت طالق فى دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية .

(فصل)

فى إضافة الطلاق إلى الزمان

تعالى سببا لذلك أن يعلق وجوده بوجود أمر معدوم حتى إذا وجد حكم سبحانه بوجود المعنى وهو رفع القيد وضعا شرعيا لالزوما عقليا ، والزمان والأفعال هما الصالحان لذلك لأن كلا منهما معدوم فى الحال ثم يوجد أو قد يوجد فتعينا لتعليق وجود الطلاق بوجود كل منهما ، بخلاف المكان الذى هو عين ثابتة فلا يتصور الإناطة به ، ولو أناط به قبل وجود ه فالمناط إنما هو وجوده أو فعل الفاعل له فكان الصالح لتعليق وجود المعنى به الزمانُ والأفعال ، ثم الزمان فى الإضافة والتعليق يكون مستقبلا . أما الحال فإنما يكون معه التنجيز ووقوع المعلق . وأما إضافته إلى ماض خال عنه فليس فى وسعه فيلغو ويصير أنت طالق سيقع به فى الحال ، وإنما فسرنا الطلاق برفع القيد ولم نقل هو فعل معدوم فناسب أن يتعلق بالزمان ويوجد عند وجوده لأن الفعل لا يمكن أن يوجد بمجرد وجود ماعلق عليه لتوقفه على فعل الفاعل له ، وإنما يصح ذلك فى أثره الشرعى لأن حاصله تعلق خطابه بالحرمة عنده ، وهذا يمكن اعتباره شرعا ، فجعلنا المعلق رفع القيد لافعل التطليق ، والله سبحانه أعلم (قوله ولو قال فى دخولك الدار أو مكة تعلق بالفعل) أى بالدخول كما لو صرح بالشرط لصحة استعارة الظرف لأداة الشرط لمقاربة بين معنى الشرط والظرف من حيث أن المظروف لايوجد بدون الظرف كالمشروط لايوجد بدون الشرط فيحمل عليه عند تعذر معناه : أعنى الظرف ، وكذا إذا قال فى لبسك أو فى ذهابك ، وقد بينا وجه صلاحية الفعل لذلك ، ولا فرق بين كون مايقوم بها فعلا اختياريا أو غيره ، حتى لو قال فى مرضك أو وجعك أو صلاتك لم تطلق حتى تمرض أو تصلى .

(فصل فى إضافة الطلاق إلى الزمان)

ذكر فى باب إيقاع الطلاق فصولا متعددة باعتبار تنوع الإيقاع : أى ما به الإيقاع على ماقدمناه إلى مضاف وموصوف ومشبه وغيره معلق بمدخول بها وغير مدخول بها ، وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى بابا

وقوله (وإن عنى به) ظاهر . وقوله (عند تعذر الظرفية) إنما تعذر الظرفية لأن الفعل لايصلح ظرفا للطلاق على أن يكون شاغلا له فيحمل على الشرط لمقاربة : أى لمناسبة بين الشرط والظرف لأن الظرف يسبق المظروف كما أن الشرط يسبق المشروط . قال شمس الأئمة : وقيل لأن الظرف يجامع المظروف كما أن الشرط يجامع المشروط .

(فصل فى إضافة الطلاق إلى الزمان)

ذكر ههنا فصولا مترادفة بحسب إضافة الطلاق وتنويعه ، وتشبيهه إضافة الطلاق تأخير حكمه عن وقت

(فصل فى إضافة الطلاق)

(ولو قال أنت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر) لأنه وصفها بالطلاق فى جميع الغد وذلك بوقوعه فى أول جزء منه . ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لاقضاء لأنه نوى التخصيص فى العموم ، وهو يحتمله لكنه مخالف للظاهر (ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يؤخذ بأول الوقتين الذى تفوّه به) فيقع فى الأوّل فى اليوم وفى الثانى فى الغد ، لأنه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الإضافة .

كما أن الباب يكون تحت الصنف المسمى كتابا ، والكل تحت الصنف الذى هو نفس العلم المدون فإنه صنف عال . والعلم مطلقا بمعنى الإدراك جنس وما تحته من اليقين والظن نوع . والعلوم المدونة تكون ظنية كالفقه ، وقطعية كالكلام والحساب والهندسة ، فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له فوجدها تترتب على العلم بأحوال شتى أو أشياء من جهة خاصة فوضعه ليبحث عن أحواله من تلك الجهة فقد قيد ذلك النوع من العلم بعارض كلى فصار صنفا ، وقيل للواضع صنف العلم ، أى جعله صنفا فالواضع أولى باسم المصنف من المؤلفين وإن صح أيضا فيهم وعلم بما ذكرنا أنها تتباين مندرجة تحت صنف أعلى لتباين العوارض المقيد بكل منها النوع وأن ماذكر من نحو كتاب الحوالة اللائق به خلاف تسميته بكتاب (قوله ولو قال أنت طالق غد وقع الطلاق عليها بطلوع فجره لأنه وصفها بالطلاق فى جميع الغد) لأن جميعه هو مسمى الغد ، ولو نوى آخر النهار جاز فيما بينه وبين الله تعالى لا فى القضاء لأنه خلاف الظاهر (وقوله لأنه نوى التخصيص فى العموم) تنزيل للأجزاء منزلة الأفراد ، وإلا فلفظ غدا نكرة فى الإثبات فليس من صيغ العموم (قوله ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يقع فى أول الوقتين الذى تفوه به) أما الأول فلأنه نجزه فلا يرجع متأخرا إلى وقت فى المستقبل . وأورد عليه أنه لم لم يعتبر لإضافة أخرى لا لإضافة عين مانجز ؟ والجواب أن اعتبار كلامه إيقاعا للحاجة وهى مرتفعة بالواحدة ولا ضرورة أخرى تجب لمراعاتها وقوع أخرى ، فإنها إذا طلقت اليوم كانت غدا كذلك ، حتى لو كانت بالعطف بأن قال أنت طالق اليوم وغدا أو أول النهار وآخره لايقع إلا واحدة لأنها طالق فى الغد وآخر النهار بطلاقها فى اليوم وأول النهار ، وقد طولب بالفرق بين هذه وبين قوله أنت طالق اليوم إذا جاء غد فإنها لاتطلق إلا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال مغير الأول بالآخر فلم لم يتوقف باتصال الإضافة كما توقف باتصال الشرط

التكلم إلى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط (ولو قال أنت طالق غدا) على ماذكره فى الكتاب واضح . وقوله (نوى التخصيص فى العموم وهو) أى العموم (يحتمل التخصيص) فكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة فيصدق ديانة (لكنه مخالف للظاهر) لأن الغد اسم لجميع أجزاء النهار فلا يصدق قضاء . ولقائل أن يقول العام ما يتناول أفرادا متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك ، وما يتوهم فيه من الأول والوسط والآخر فهو من أجزائه لامن أفراده ، وحينئذ لايكون نية آخر النهار تخصيصا فلا عموم ولا تخصيص . والجواب أن المراد به الحقيقة والمجاز فإن إطلاق لفظ الكل وإرادة الجزء مجاز لا محالة (ولو قال أنت طالق اليوم غدا) ظاهر . واعترض بأنه لم لايجعل غدا ظرفا لطلاق آخر ؟ وأجيب بأنه يحتاج إلى تقدير أنت طالق ، والأصل خلافه فلا يصار إليه

(قال المصنف : لأنه نوى التخصيص فى العموم) أقول : فيه تجوز ، والمراد نوى الجزء من الكل فنزل الإجزاء منزلة الإفراد ، وإلا فلفظ غدا نكرة فى سياق الإثبات فلا نعم . (قوله لأن الغد اسم لجميع أجزاء النهار) أقول : وهذا لايوافق كلام المصنف ، والموافق له أن يقول اسم لجميع أجزاء اليوم من طلوع الفجر إلى غروب الشمس كما قاله الإتقانى .

وإذا قال غدا كان إضافة والمضاف لايتنجز لما فيه من إبطال الإضافة فلغا اللفظ الثانى فى الفصلين

وكلاهما مغير للتنجيز ؟ فظهر أنه مضاف لا أنه طلاق آخر ، وعلى هذا التقرير يسقط الجواب بأن ذكر الشرط يبين أن قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع ، وما نحن فيه ليس فيه ذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع وهو ظاهر ، وكذا يسقط الجواب بأن طالق اليوم إيقاع فى الحال ، وإذا جاء غد تعليق فلا بد من اعتبار أحدهما للتنافى واعتبار المعلق أولى لأن فى اعتباره إلغاء كلمة واحدة وهى لفظة اليوم ، وفى اعتبار المنجز إلغاء كلمات وهى قوله إذا جاء غد لأنه لم يقع الفرق فى الجوابين بأنه لم توقف فلم يكن تنجيزا مع اتصال المغير الشرطى ولم لم يتوقف فكان تنجيزا مع اتصال المغير الإضافى. فإن قيل : لم لم يجعل الثانى ناسخا ؟ أجيب بأن النسخ فرع ثبوت الأول وتقرره ، وتقرر الطلاق الأول وثبوته وقوعه فلا يمكن رفعه بعد ذلك وتأخيره . وأما الثانى وهو قوله طالق غدا اليوم فلأنه وقع مستقبلا مضافا وبعد ماصح مضافا إلى غد لايكون بعينه منجزا بل لو اعتبر كان تطليقة أخرى ، وإنما وصفها بتطليقة واحدة لأنها لزمت إضافتها إلى الغد فلزم إلغاء اللفظ الثانى ضرورة ، ولا يمكن جعله ناسخا للأول لأن النسخ إنما يكون بكلام مستبد فى نفسه متراخ وهو منتف هنا . فإن قلت : فما وجوه المسئلة إذا وسطت الواو ؟ فالجواب إذا قدم المتقدم من الوقتين كأنت طالق أول النهار وآخره أو اليوم وغدا أو فى ليلك ونهارك وهو فى الليل أو قلبه وهو فى النهار وقعت واحدة لعدم الحاجة إلى الأخرى لأنها بطلاقها فى أول الوقتين تكون طالقا فى آخرهما ، ولو نوى أن يقع عليها اليوم واحدة وغدا واحدة صح ووقعت ثنتان ، وكذا طالق اليوم وغدا وبعد غد يقع واحدة بلا نية ، فإن نوى ثلاثا متفرقة على ثلاثة أيام وقعن كذلك ، وإن قدم المتأخر كطالق غدا واليوم أو فى نهارك وليلك وهو فى الليل أو قلبه وهو فى النهار فعن زفر كذلك تقع واحدة وعندنا يقع ثنتان ، لأن الأول وقع مضافا صحيحا والواو فى عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقدير ما فى الأولى بما بعدها فصار الحاصل أنت طالق غدا وأنت طالق اليوم ، وقد نقل الخلاف بيننا وبين زفر فيما لو قال أنت طالق كل يوم ؛ فعند زفر يقع ثلاث فى ثلاثة أيام لأنه موقع فى كل يوم قلنا اللازم وهو كونها طالقا فى كل يوم يحصل بإيقاعه فى هذا اليوم فقط غير متوقف على اعتباره موقعا كل يوم ، ولا يخفى أن نقل هذا الخلاف مع الرواية عنه فى طالق غدا واليوم يقع واحدة مشكل ، لأن كل يوم إما أن يتعين اليوم وغدا وبعد غد إلى آخر الزمان فتقع واحدة أو قلبه غدا وما بعده واليوم فكذلك ، وكذا لو قال أنت طالق أبدا لم تطلق إلا واحدة ؛ فلو نوى أن يطلق كل يوم تطليقة أخرى صحت نيته ، وفى هذه المسئلة ماقدمناه من البحث أول كتاب الطلاق فى أنت طالق للسنة . وحاصل ما يقع به جواب ما قدمناه أن صحة نية الثلاث إما باعتبار إضمار التطليق كأنه قال طالق كل يوم تطليقة أو بإضمار فى كأنه قال فى كل يوم ، ولو قال فى كل يوم طلقت ثلاثا فى كل يوم واحدة وهو ماقاس عليه زفر . وفرقوا بأن فى للظرف والزمان إنما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كون كل يوم فيه وقوع تعدد

فى غير موضع الضرورة ، وفيه نظر لأن صون كلام العاقل عن الإلغاء نوع ضرورة . والأولى أن يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا وبالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة إلى غيرها ؛ وعلى هذا كان كلامه مصونا عن الإلغاء . فإن قيل : هذا لايتم فى الصورة الثانية وهى قوله أنت طالق غدا اليوم لأنه وصفها بالطلاق غدا

(ولو قال أنت طالق فى غد وقال نويت آخر النهار دين فى القضاء عند أبى حنيفة ، وقالا : لايدين فى القضاء خاصة) لأنه وصفها بالطلاق « فى » جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على مابيناه ولهذا يقع فى أول جزء منه عند عدم النية ، وهذا لأن حذف فى وإثباته سواء لأنه ظرف فى الحالين . ولأبى حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه لأن كلمة فى للظرف والظرفية لاتقتضى الاستيعاب وتعين الجزء الأول ضرورة عدم المزاحم ، فإذا عين آخر النهار كان التعيين القصدى أولى بالاعتبار من الضرورى ، بخلاف قوله غدا لأنه يقتضى الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا إلى جميع الغد . نظيره إذا قال : والله لأصومنّ عمرى ، ونظير الأول : والله لأصومنّ فى عمرى ، وعلى

الواقع ، بخلاف كون كل يوم فيه الاتصاف بالواقع (قوله ولو قال أنت طالق فى غد وقال نويت آخر النهار صدق فى القضاء عند أبى حنيفة ، وقالا : لايصدق فى القضاء خاصة) ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى. لهما أنه وصفها بالطلاق فى جميع الغد فصار كقوله طالق غدا وفيه لايصدق فى نيته آخره ، ولهذا أى ولأنه وصفها بالطلاق فى جميع الغد يقع فى أول جزء منه اتفاقا عند عدم النية ، وهذا وهو كون وصفها بالطلاق فى جميع الغد أوصيرورته بمنزلة غدا لأن حذف لفظة فى مع إرادتها وإثباتها سواء فإذا كان فى حذفه يفيد عموم الزمان ففى إثباته كذلك . ولأبى حنيفة أن ذكر لفظة فى يفيد وصل متعلقها بجزء من مدخولها أعم من كونه متصلا بجزء آخر أو كله أو لا ، وإنما يعرف خصوص أحدهما من خارج كما فى صمت فى يوم يعرف الشمول وأكلت فى يوم يعرف عدمه لامدلول اللفظ فإذا نوى جزءا من الزمان خاصا فقد نوى حقيقة كلامه لأن ذلك جزء من أفراد المتواطئ ، بخلاف ما إذا لم يذكر ووصل الفعل إليه بنفسه فإن المفاد حينئذ عمومه للقطع من اللغة بفهم الاستيعاب فى سرت فرسخا وبعدمه فى سرت فى فرسخ وصمت عمرى وفى عمرى فنية جزء معين فيه خلاف الظاهر فلا يصدق

والموصوف به غدا لايكون موصوفا به اليوم . أجيب بأن إيقاع الثانية فيها يفضى إلى المكروه وهى إيقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى لإثباتها فيكون الثانى لغوا (ولو قال أنت طالق فى غد) على ماذكره فى الكتاب ظاهر. وقوله (على مابينا) إشارة إلى قوله لأنه نوى التخصيص فى العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر وقد علمت مافيه. وقوله (ولأبى حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه) قيل فيه إشارة إلى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر . وتقريره أن خلاف الظاهر إنما لايدين فى القضاء إذا لم تكن نيته مصادفة لحقيقة كلامه ، وهنا صادفتها فيدين قضاء وديانة ؛ ألا ترى أن من حلف لايتزوّج النساء ونوى جميع النساء صدق قضاء وديانة وإن كان مخالفا للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه . وفيه نظر لأن الحقيقة لاتحتاج إلى النية وإنما يحتاج إليها ماهو من محتملات كلامه كالمجاز . ويمكن أن يجاب عنه بعد معرفة أن فى غد لايقتضى الاستيعاب وهو حقيقته ، وغد يقتضيه وهو حقيقته بدليل قوله تعالى ـ إنا لننصر رسلنا والذين آمنوا فى الحياة الدنيا ويوم يقوم الأشهاد ـ فإنه لااستيعاب فيما فيه الحرف ، وهو ثابت فيما لاحرف فيه ، وبيانه أن الله تعالى ذكر نصرة الرسل والمرسل والمرسل إليهم فى الدنيا مقرونة بحرف « فى » وذكر نصرتهم فى الآخرة غير مقرونة بها فى هذه الآية لأن نصرة الله إياهم فى الآخرة دائمة ، وأما نصرتهم فى الدنيا فكانت تقع

(قوله أجيب بأن إيقاع الثانية فيها يفضى إلى المكروه وهو إيقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى لإثباتها الخ) أقول : وهذا يجرى فى الصورة الأولى أيضا (قال المصنف : وهذا لأن حذف فى الخ) أقول : أى كونه وصفها بالطلاق فى جميع الغد أو صيرورته بمنزلة غدا (قوله قيل فيه إشارة إلى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر الخ) أقول : الظاهر أن كونه خلاف الظاهر غير مسلم عند أبى حنيفة رحمه الله (قال المصنف : حيث وصفها بهذه الصفة) أقول : تنبيه ليس بدليل إذ لاينكره الخصم فلا مصادرة .

هذين الدهر وفى الدهر (ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوّجها اليوم لم يقع شيء) لأنه أسنده إلى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو ، كما إذا قال أنت طالق قبل أن أخلق ، ولأنه يمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح

قضاء ، ومثل قوله فى غد قوله فى شعبان مثلا ؛ فإذا قال طالق فى شعبان فإن لم تكن له نية طلقت حين تغيب الشمس من آخر يوم من رجب ، وإن نوى آخر شعبان فهو على الخلاف (قوله ولو قال أنت طالق أمس) أو فى الشهر الذى خرج (وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء) بإجماع الفقهاء لأنه أسند الطلاق إلى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فكان حاصله إنكارا للطلاق فيلغو فكان كقوله أنت طالق قبل أن أخلق ، ولأنه حين تعذر تصحيحه إنشاء أمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح بأى طالق أمس عن قيد النكاح إذا لم تنكحى بعد أو عن طلاق زوج كان لها إن كان بخلاف مالو قال للمعينة أنت طالق أنت طالق حيث يقع ثنتان ، لأن الظاهر فى التركيب الإيقاع والإنشاء فلا يعدل عنه إلا لتعذره والصارف عنه إلى محتمله وهو عدم صحة الإنشاء منتف لبقاء المحلية بعد الطلقة الأولى ، إما بعود القيد بعد زواله لثبوت العدة كقول طائفة من المشايخ ، أو لبقائه متوقفا إلى انقضاء العدة كقول المحققين ، ويشهد لهم أنهم قالوا إذا قال كل امرأة لى طالق يقع على المطلقة الرجعية طلقة أخرى لبقاء المحلية فى المطلقة رجعية لقيام العدة بعود القيد لأنه لايقع على المبانة مع قيام عدتها ؛ بخلاف مالو قال لامرأتيه إحدا كما طالق إحدا كما طالق حيث يقع واحدة ويحمل على الإخبار ثانيا أو التأكيد إلا أن يقصد التجديد لأن الإيقاع فى المنكر ليس غالبا ، ولا الداعى إلى تكثير الطلقات من اللجاج والبغضاء بحيث لايقنع الزوج بواحدة موجودا فيه لأن تحقق ذلك فى المعينة لا فى المنكرة ، ولو كان تزوجها أول من أمس وقع الساعة لأنه ما أسنده إلى حالة منافية ، ولا يمكن تصحيحه إخبارا لكذبه وعدم قدرته على الإسناد فكان إنشاء فى الحال فيقع الساعة ، وعلى هذه النكتة حكم بعض المتأخرين من مشايخنا فى مسئلة الدور المنقولة عن متأخرى الشافعية وهى إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا بوقوع الطلاق ، وحكم أكثرهم أنها لاتطلق بتنجيز طلاقها لأنه لو تنجز وقع المعلق قبله ثلاثا ووقوع الثلاث سابقا على التنجيز يمنع المنجز بوقوع المنجز والمعلق لأن الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال ونقول أيضا : إن هذا تغيير لحكم اللغة لأن الأجزية تنزل بعد الشرط أو معه لاقبله . ولحكم العقل أيضا لأن مدخول أداة الشرط سبب والجزاء مسبب عنه ، ولا يعقل تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغوا البتة فبقى الطلاق جزاء للشرط غير مقيد

فى بعض الأوقات لأنها دار الابتلاء ، وكل ماهو حقيقة فى أحدهما فهو مجاز فى الآخر . وإذا عرف هذا فيكون نية حقيقة الكلام من باب بيان التقرير وهو توكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز فكان من الجائز قبل بيان نيته أن يكون مراده بقوله فى غد مجازه وهو الاستيعاب فإذا بينها قطع احتمال المجاز وموضعه أصول الفقه وباقى كلامه واضح بعد معرفة ماذكرناه (ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوّجها اليوم لم يقع شيء لأنه أسنده إلى حالة معهودة) أى معلومة (منافية لمالكية الطلاق) لأنها لم تكن فى ملكه فى ذلك الوقت الذى أضاف إليه الطلاق (فيلغو كما إذا قال أنت طالق قبل أن أخلق) أو تخلقى (ولأنه أمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح) فكأنه قال ما كنت أمس فى قيد نكاحى ، وإذا أمكن ذلك صير إليه لكونه موضوعا له دون الإنشاء ، وفيه نظر لأن الطالق من اتصفت بوقوع طلاقها بتطليق الزوج وهو غير متصور لأن المطلق إن كان هذا الزوج فليس بمستقيم لأنها لم تكن

(قوله فكان من الجائز قبل بيان نيته أن يكون مراده بقوله فى غد مجازه وهو الاستيعاب) أقول : إذا كان الاستيعاب معنى مجازيا لفى غد ينبغى أن لايتعين الجزء الأول إذا لم يكن له نية فإن المجاز يحتاج إلى النية كما لايخفى .

أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج (ولو تزوجها أوّل من أمس وقع الساعة) لأنه ما أسنده إلى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه إخبارا أيضا فكان إنشاء ، والإنشاء فى الماضى إنشاء فى الحال فيقع الساعة (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوّجك لم يقع شىء) لأنه أسنده إلى حالة منافية فصار كما إذا قال طلقتك وأنا صبى أو نائم ، أو يصحح إخبارا على ماذكرنا (ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقت) لأنه أضاف الطلاق إلى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت ، وهذا لأن كلمة متى ومتى ما

بالقبلية والحكم الشرع لأن النصوص ناطقة بشرعية الطلاق وهذا يؤدى إلى رفعها فيتفرع فى المسئلة المذكورة وقوع ثلاث : الواحدة المنجزة وثنتان من المعلقة ، ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة أو ثلاثا وقعن فينزل الطلاق المعلق لايصادف أهلية فيلغو . ولو كان قال إن طلقتك فأنت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة وقس على ذلك (قوله ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوّجك لم يقع شىء) لأنه أسنده إلى حالة منافية فصار كقوله إذا طلقتك وأنا صبى أو نائم) أو مجنون وكان جنونه معهودا . فإن لم يكن معهودا طلقت للحال لأنه أقر بطلاقها وأسنده إلى حالة لم تعهد فلم يعتبر قوله فى الإضافة (أو يصحح إخبارا على ماذكرناه) من كونه إخبارا عن عدم النكاح أو طلاق زوج متقدم (قوله ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقت) باتفاق العلماء لأن متى ظرف زمان، وكذا « ما »تكون مصدرية نائبة عن ظرف الزمان ، قال تعالى قاصا لكلام عيسى عليه السلام ـ وأوصانى بالصلاة والزكاة مادمت حيا ـ أى مدة دوامى حيا ، فصار حاصل المعنى إضافة طلاقها إلى زمان خال عن طلاقها ، وبمجرد سكوته وجد الزمان المضاف إليه فيقع . فلو قال موصولا أنت طالق برّ، حتى لو قال متى لم أطلقك فأنت طالق ثلاثا ثم وصل قوله أنت طالق قال أصحابنا برّ ووقعت واحدة ، وقال زفر : ثلاث ، ولو قال أنت طالق كلما لم أطلقك وسكت وقعت الثلاث متتابعة لاجملة لأنها تقتضى عموم الإفراد لاعموم الاجتماع ،فإن لم تكن مدخولا بها بانت بواحدة فقط. ولو قال حين لم أطلقك ولا نية له فهى طالق حين سكت ، وكذا زمان لم أطلقك وحيث لم أطلقك ويوم لم أطلقك. وإن قال زمان

فى قيد نكاحه ، وإن كان غيره فهو المذكور بقوله (أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج) فيكون تكرارا ، وأيضا قوله أنت طالق موضوع للإخبار لغة ، ولا نسلم أن إمكان المصير إلى المفهوم اللغوى يمنع المصير إلى المفهوم الشرعى فإن ذلك يفضى إلى إبطال كثير من المفهومات الشرعية . والجواب عنهما أن قوله أنت طالق أمس لمن تزوجها اليوم إما لغوا لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق . أو هو محمول على الإخبار عن عدم النكاح مجازا فإن رفع النكاح يستلزم عدمه ، وإمكان المصير إلى المفهوم اللغوى إنما لايمنع المصير إلى المفهوم الشرعى إذا لم يفض إلى اللغو ، فأما إذا أفضى إليه منعه صونا لكلام العاقل عن الإلغاء. وقوله (أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج) يعنى أن هذه المرأة إما أن تكون مطلقة زوج آخر أو لا ؛ فإن كان الثانى جعل قوله أنت طالق أمس إخبارا عن عدم النكاح مجازا ، وإن كان الأول جعل إخبارا عن كونها مطلقة ذلك الزوج (ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة لأنه ما أسنده إلى حالة منافية) وهو واضح (ولا يمكن تصحيحه إخبارا أيضا) وهذا على الوجه الأول واضح أيضا . وأما على الوجه الثانى فإنما يستقيم إذا كانت غير مطلقة لغيره من الأزواج ، وأما إذا كانت مطلقة فلا يستقيم إلا إذا جعل نكاح هذا الزوج رافعا لتلك النسبة وفيه مافيه . وقوله (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوّجك) وما بعده واضح .

صريح فى الوقت لأنهما من ظروف الزمان ، وكذا كلمة « ما » قال الله تعالى ـ مادمت حيا ـ أى وقت الحياة (ولو قال أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) لأن العدم لايتحقق إلا باليأس عن الحياة وهو الشرط كما فى قوله إن لم آت البصرة ، وموتها بمنزلة موته هو الصحيح

لا أطلقك أو حين لا أطلقك لم تطلق حتى تمضى ستة أشهر لأن لم تقلب المضارع ماضيا مع النفى وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع ، وحيث للمكان وكم مكان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق ، وكلمة لا للاستقبال غالبا ، فإن لم تكن له نية لايقع فى الحال ، وإنما يراد بحين ستة أشهر لأنه أوسط استعمالاته إذ يراد به ساعة نحو قوله تعالى ـ حين تمسون وحين تصبحون ـ وستة أشهر نحو قوله سبحانه وتعالى ـ تؤتى أكلها كل حين بإذن ربها ـ وأربعون سنة كما فى قوله عز ذكره ـ هل أتى على الإنسان حين من الدهر ـ والزمان كالحين لأنهما سواء فى الاستعمال (قوله ولو قال أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) باتفاق الفقهاء لأن الشرط أن لايطلقها وذلك لايتحقق إلا باليأس عن الحياة ، لأنه متى طلقها فى عمره لم يصدق أنه لم يطلقها بل صدق نقيضه وهو أنه طلقها ، واليأس يكون فى آخر جزء من أجزاء حياته ولم يقدره المتقدمون بل قالوا : تطلق قبيل موته . فإن كانت مدخولا بها وورثته بحكم الفرار وإلا لاترثه . وقوله وهو الشرط : يعنى العدم (قوله كما فى إن لم آت البصرة) إعطاء نظير ، والمراد أن كل شرط بإن منفى حكمه كذلك وهو أن لايقع الطلاق أو العتاق إذا علق به إلا بالموت لما ذكرنا ، وزاد قيدا حسنا فى المبتغى بالغين المعجمة ، قال : إذا قال لامرأته إن لم تخبرينى بكذا فأنت طالق ثلاثا فهو على الأبد إذا لم يكن ثمة ما يدل على الفور انتهى . ومن ثمة قالوا : لو أراد أن يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال إن لم تدخلى البيت معى فأنت طالق فدخلت بعد ما سكنت شهوته طلقت لأن مقصوده من الدخول كان قضاء الشهوة وقد فاتت (قوله وموتها بمنزلة موته هو الصحيح) احترز به عن رواية النوادر أنها لاتطلق بموتها لأنه قادر على أن يطلقها ، وإنما عجز بموتها وصار كقوله إن لم أدخل الدار فأنت طالق يقع بموته لابموتها . وجه الظاهر أن الوجه السابق ينتظم موتها وموته . بخلاف تلك المسئلة فإن بعد موتها يمكنه الدخول فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع . أما الطلاق فإنه يتحقق اليأس منه بموتها ، وإذا حكمنا بوقوعه قبل موتها لايرث منها الزوج لأنها بانت قبل الموت فلم يبق بينهما زوجية حال الموت ، وإنما حكمنا بالبينونة وإن كان المعلق صريحا لانتفاء العدة كغير المدخول بها لأن الفرض أن

وقوله (كما فى قوله إن لم آت البصرة) يعنى كما إذا قال لها أنت طالق إن لم آت البصرة لايقع الطلاق حتى يقع اليأس عن الإتيان ، فإذا انتهى إلى الموت فقد وقع اليأس فوجد الشرط والمحل قابل والملك باق فوقع فكذلك هنا (وموتها بمنزلة موته) يعنى يقع الطلاق بموتها قبيل موته أيضا . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن رواية النوادر فإنه قال فيها لايقع الطلاق بموتها لأن الزوج قادر على أن يطلقها مالم تمت ، وإنما عجز بموتها ، فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله إن لم آت البصرة . وجه ظاهر الرواية أن الإيقاع من حكمه الوقوع وقد تحقق العجز عن إيقاعه قبيل موتها لأنه لايعقبه الوقوع ، كما لو قال أنت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لأن الفرقة وقعت بينهما قبل موتها بإيقاع الطلاق عليها . والفرق بين رواية مسئلة الكتاب وبين قوله أنت طالق إن لم آت البصرة حيث لايقع الطلاق بموتها فيه ، وفى مسئلة الكتاب يقع فى ظاهر الرواية هو أن فى مسئلة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطليق فى زمان يمكن التطليق وهو آخر جزء من أجزاء حياته فتطلق لوجود الشرط ، بخلاف قوله إن لم آت البصرة لأنه لايتحقق

(ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك ، أو إذا مالم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة ، وقالا : تطلق حين سكت) لأن كلمة إذا للوقت قال الله تعالى ـ إذا الشمس كوّرت ـ وقال قائلهم :

وإذا تكون كريهة أدعى لها ... وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

فصار بمنزلة متى ومتى ما ، ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إذا شئت لايخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس

الوقوع فى أخر جزء لايتجزأ فلم يله إلا الموت وبه تبين (قوله ولوقال أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا مالم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة ، وقالا: تطلق حين سكت لأن كلمة إذا للوقت ككلمة متى قال الله تعالى ـ إذا الشمس كوّرت ـ وقال قائلهم وهو ابن أحمر أو حرى بن ضمرة :

(وإذا تكون كريهة أدعى لها ... وإذا يحاس الحيس يدعى جندب)

يعنى أخاه الصغير ، وما قيل إنه لعنترة العبسى فخطأ عند أهل المعرفة بالشأن لانتفائه من ديوانه ، ولم يعرف لعنترة أخ اسمه جندب أصلا وإنما له أخ من أمه اسمه شيبوب ، ثم لم تكن أمه بحيث تواكل إياه شدادا حيسا لأنها أبعد من ذلك عند من اطلع على قصته ، وقبل البيت المذكور :

هل فى القضية أن إذا استغنيتم ... وأمنتم فأنا البعيد الأجنب

وإذا الشدائد بالشدائد مرة ... أشجتكم فأنا المحب الأقرب

وإذا تكون كريهة أدعى لها ... وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

هذا وجدكم الصغار بعينه ... لا أم لى إن كان ذاك ولا أب

عجب لتلك قضية وإقامتى ... فيكم على تلك القضية أعجب

واعترض بعض المحشين بأن كلا من الآية والبيت فيه معنى الشرط ، وجواب الأول علمت وجواب الثانى أدعى ويدعى ، وأيضا تنظيره لها بمتى غير صحيح لأنها لاتتمحض للوقت أبدا ، وهما مبنيان على أن قوله للوقت يعنى المحض ، ولا حاجة تدعو إلى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبهما عليه ، بل المنقول لهما أنه لايسقط عنها معنى

الشرط بموتها لأنه قادر على إتيانه بصرة فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق . قال (ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا مالم أطلقك لم تطلق حتى يموت) أقول : إذا قال لها أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا مالم أطلقك . فأما إن نوى شيئا ولم ينو ، فإن كان الأول ، فإن نوى الوقت وقع فى الحال ، وإن نوى الشرط وقع فى آخر العمر لأن اللفظ يحتملهما ونية المحتمل صحيحة ، وإن كان الثانى فقد اختلف فيه العلماء . قال أبو حنيفة : لم تطلق حتى يموت ، وقالا: طلقت حين سكت الزوج لأن كلمة إذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط من غير سقوط الوقت كمتى وهو مذهب البصريين ، واستدل لهما بقوله تعالى ـ إذا الشمس كوّرت ـ لإفادة الوقت الخالص فى أمر مترقب : أى منتظر لامحالة ، وبقوله :

و إذا تكون كريهة أدعى لها ... وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

لإفادته فى أمر كائن فى الحال ، وأشار بقوله فصار بمنزلة قوله متى ومتى ما إلى عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطا ، واستوضح كونه بمعنى متى بقوله (ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إذا شئت لايخرج الأمر من يدها بالقيام) كما فى قوله متى شئت ، ولو كان بمعنى إن يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس كما فى إن .

كما فى قوله متى شئت . ولأبى حنيفة أن كلمة إذا تستعمل فى الشرط أيضا ، قال قائلهم :

واستغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتجمل

الوقت المجرد فى المجازاة ، فأورد الشاهدين لهما للدلالة على قيام الوقت مع الشرط ، وليس لهما حاجة أن يبينها أنها للوقت المجرد عن الشرط ، بل حاجتهما فى إثبات الاجماع ليكون دفعا ظاهرا لقول الكوفيين (قوله ولأبى حنيفة أنها تستعمل للشرط أيضا) يعنى الشرط المجرد عن معنى الظرفية وإلا لايفيد ، وهذا مذهب نقل عن الكوفيين ، واستشهد بقوله * وإذا تصبك خصاصة فتجمل * حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف ؛ والظرف إما على حد سواء ، وإما على أنها مجاز عنده فى الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فتساويا كما قيل ، ولذا صدقه القاضى فى دعواه إرادة الشرط المجرد ، وبهذا يقع الفرق لهما بين هذه ومسئلة الحلف على أن لايشرب من دجلة حيث صرفاها إلى الشرب بالآنية وكرعا لأن المجاز هناك غالب. واحتاج أبو حنيفة إلى الفرق لأنه جزم هناك أنها بالمعنى الحقيقى لا هنا ، وفرقه أن حكم الحقيقة وهو الحنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز لأن حكمه أعم من ذلك ومن الشرب اغترافا فكان حكم الحقيقة ثابتا يقينا على كل حال فاعتبرت لذلك : أى للتيقن بحكمها ، بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فإنه يقتضى الوقوع فى الحال وهو مناف لحكم المجاز . وأنت سمعت أن البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وإن استعملت شرطا كمتى ، فثبوت الاحتمالين على السواء ممنوع ، وأما كونها مجازا فى جزء معناها فلم يسمع يقينا ، وبتقدير إحداثه بناء على عدم اشتراط النقل فى آحاد المجاز فكونه كثر استعماله حتى ساوى الحقيقة ممنوع . ثم لايخفى أنه يجب على قولهما إذا أراد معنى الشرط أن لايصدقه القاضى بل يصح ديانة لأن الوجه عندهما ظهورها فى الظرف ، فمراده خلاف الظاهر فلا يصدق فى القضاء والبيت المذكور له قائله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصى جبيلا ابنه بقصيدة فيها آداب ومصالح أولها :

أجبيل إن أباك كارب يومه فإذا دعيت إلى المكارم فاعجل

أوصيك إيصاء امرئ لك ناصح طن بريب الدهر غير معقل

الله فاتقه وأوف بنذره وإذا حلفت مماريا فتحلل

والضيف تكرمه فإن مبيته حق ولا تك لعنة للنزل

(ولأبى حنيفة أن كلمة إذا مشتركة بين الظرف والشرط يستعمل) فيهما وهو مذهب الكوفيين ، واستدل على ذلك بقول الشاعر فى نصيحة ابنه :

واستغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتجمل

ووجه ذلك أن إصابة الخصاصة من الأمور المترددة وهى ليست موضع إذا فكانت بمعنى إن ، واستدل على

(قوله ولأبى حنيفة رحمه الله أن كلمة إذا مشتركة ، إلى قوله : واستدل على ذلك بقول الشاعر الخ) أقول : وفيه أن ماذكره على تقدير تسليم صحته لايدل على الاشتراك ، فإنه يجوز أن يكون استعماله فى الآخر مجازا ، والحمل عليه أولى من الاشتراك على ماعلم ، وسيجىء بعد سطور (قوله ووجه ذلك أن إصابة الخصاصة من الأمور المترددة الخ) أقول : فيه كلام (قال المصنف : وإذا تصبك خصاصة فتجمل) أقول : الجزم فى قوله تصبك يدل على أنه للشرط .

فإن أريد به الشرط لم تطلق فى الحال . وإن أريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال ،

واعلم بأن الضيف مخبر أهله ... بمبيت ليلته وإن لم يسأل
ودع القوارص للصديق وغيره ... كى لايروك من اللئام العزل
وصل المواصل ما صفا لك وده ... واحذر حبال الخائن المتبذل
واترك محل السوء لاتحلل به ... وإذا نبا بك منزل فتحول
دار الهوان لمن رآها داره ... أفراحل عنها كمن لم يرحل
واستأن حلمك فى أمورك كلها ... وإذا عزمت على الندى فتوكل
واستغن ما أغناك ربك بالغنى ... وإذا تصبك خصاصة فتجمل
وإذا هممت بأمر شر فاتئد ... وإذا هممت بأمر خير فاعجل
وإذا أتتك من العدو قوارص ... فاقرص لذاك ولا تقل لم أفعل
وإذا افتقرت فلا تكن متخشعا ... ترجو الفواضل عند غير المفضل
وإذا تشاجر فى فؤادك مرة ... أمران فاعمد للأعف الأجمل
وإذا لقيت القوم فاضرب فيهم ... حتى يروك طلاء أجرب مهمل
وإذا رأيت الباهشين إلى الندى ... غبرا أكفهم بقاع ممحل
فأعنهم وأيسر بما يسروا به ... وإذا هموا نزلوا بضنك فانزل

وقد استعمل الشاعر إذا فيها للشرط فى اثنى عشر موضعا بالجزم ودخول فاء الجزاء . ومعقل من عقلت الناقة بالعقل ، يريد عقلى بريب الدهر غيرممنوع ، وتجمل : أى أظهر جميلا ولا تظهر جزعا ، وقيل كل الجميل المجمول وهو الشحم المذاب ، وأين هذا من الأول فى التأديب . وفى المنتقى : لو قال إذا طلقتك فأنت طالق وإذا لم أطلقك فأنت طالق فمات قبل أن يطلق يقع عليها طلاقان لأنه لما مات قبل التطليق حنث فى اليمين الثانية فيقع عليها طلاق ، وهذا الطلاق يصلح شرطا فى اليمين الأولى . لأنه وقع بكلام وجد بعد اليمين الأولى فحنث فى اليمينين فيقع طلاقان . ولو قلب فقال إذا لم أطلقك فأنت طالق وإذا طلقتك فأنت طالق فمات قبل أن يطلق يقع عليها واحدة لأنه لما مات قبل التطليق صارحانثا فى اليمين الأولى فيقع الطلاق ولا يصلح شرطا فى الثانية لأنه وقع بكلام وجد قبل اليمين الثانية ، فالشروط تراعى فى المستقبل لا الماضى ولم يذكر خلافا . وإنما هذا على قول أبى حنيفة . أما على قولهما فيقعان بعد زمان يسير فى الأولى للوجه الأول بعينه ، وفى الثانية يقع واحدة كما سكت لأنه حنث فى قوله إذا لم أطلقك فأنت طالق ، وكذا لو لم يسكت حتى مات لأن زمان قوله إذا طلقتك فأنت طالق زمان يوجد فيه تطليق فيقع قبل أن يفرغ منه . وهذه ثلاث مسائل من الجامع الكبير : أنت طالق إذا تزوجتك قبل أن أتزوجك ، وقلبه أنت طالق قبل أن أتزوجك إذا تزوجتك ، وإذا تزوجتك فأنت طالق قبل أن أتزوجك ، فى الصورتين

جانب الظرفية اكتفاء بدليلها . وإذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة (فإن أريد به الشرط لم تطلق فى الحال ، وإن أريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال ،

بخلاف مسئلة المشيئة لأنه على اعتبار أنه للوقت لايخرج الأمر من يدها ، وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج والأمر صار فى يدها فلايخرج بالشك والاحتمال ،وهذا الخلاف فيما إذا لم تكن له نية البتة ،أما إذا نوى الوقت يقع فى الحال ولو نوى الشرط يقع فى آخر العمر لأن اللفظ يحتملهما (ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق فهى طالق بهذه التطليقة) معناه قال ذلك موصولا به ،والقياس أن يقع المضاف فيقعان إن كانت مدخولا بها ، وهو قول زفر رحمه الله لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها .وجه الاستحسان أن زمان

الأولين يقع عند التزوّج اتفاقا ، وفى الثالثة كذلك عند أبى يوسف ، وعندهما لايقع . والأصل أن الطلاق إذا أضيف إلى وقتين أحدهما يقبله والآخر لا صح مايقبله وبطل ما لايقبله وإن الآخر ينسخ الأوّل ، وقبل وإذا ظرفان وقبل لايقبل الطلاق ، وإذا تقبله فأضيف إليها . ولهما فى الفرق بين الثالثة وما قبلها ترجح جهة الشرط بدليل ذكر الفاء فى الجزاء ، فالمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كأنه قال عند التزوّج أنت طالق قبل أن أتزوّجك فلا يقع ، أو لأن الآخر وهو الإضافة إلى قبل نسخ الأوّل (وقوله بخلاف مسئلة المشيئة لأنه على اعتبار أنها للوقت لايخرج الأمر من يدها وعلى اعتبار أنها للشرط يخرج والأمر صار فى يدها فلا يخرج بالشك) اعترض عليه بأن وقوع الشك فى الشرطية والظرفية يوجب وقوعه فى الحل والحرمة فى الحال ،لأنه على تقدير الشرطية تحل وعلى تقدير الظرفية تطلق فكان يجب أن تحرم تقديما للمحرم وهو اعتبار الظرف كما قالا . وأجيب بأن هذا متروك فى جميع صور التردد فى الأمر ،فإنه لو شك فى انتقاض طهارته جاء فيه أن على اعتبار الانتقاض تحرم الصلاة وعلى اعتبار عدمه تحل ومع هذا لاتترجح الحرمة وإن كان مبنى الصلاة على الاحتياط لأن الشك لايوجب شيئا إنما ذلك فى تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة ، أما هنا لو اعتبرنا الحرمة لم نعمل بدليل بل بالشك ، وهناك يقع العمل بالدليل ،والله سبحانه أعلم . واعلم أن ماذكره المصنف يشكل لأنه سيذكر أن الخلاف فيما إذا لم تكن له نية ، وحينئذ فمقتضى الوجه فى المشيئة أن على قولهما لايخرج من يدها وعلى قوله يخرج ،وكذا إذا علم أنه نوى ولم تدر نيته لعارض عراه ، وأما إذا عرفت بأن استفسر فقال أردت الزمان فيجب أن يصدق على قولهما ولا يخرج الأمر من يدها ، وكذا على قوله لأنه مقر على نفسه . وإن قال أردت الشرط صدق على قوله ولا يصدق على قولهما لأنه خلاف الظاهر ، وفيه تخفيف على نفسه . وأما فى مسئلة الطلاق : أعنى قوله أنت طالق إذا لم أطلقك : فإن قال عنيت الزمان صدق عندهما ،وإن قال عنيت الشرط لايصدق عندهما لأنه خلاف الظاهر ، وفيه تخفيف على نفسه . وعلى قوله يصدق فى الشرط وفى الظرف لكون كل منهما من محتملاتها مع أن فى الثانى تشديدا على نفسه (قوله ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق فهى طالق بهذه التطليقة) المنجزة فقط ،حتى لو كان قال أنت طالق ثلاثا ما لم أطلقك أنت طالق وقعت واحدة . وعند زفر ثلاث (معناه أنه قال ذلك موصولا به) فلو فصل وقع المضاف والمنجز جميعا (والقياس أن يقع المضاف أيضا فيقعان إن كانت مدخولا بها) فإن لم تكن مدخولا بها يقع المضاف وحده (وهو قول زفر لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل ، وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها. وجه الاستحسان أن زمان

بخلاف مسئلة المشيئة لأنه على اعتبار أنه للوقت لايخرج الأمر من يدها ،وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج والأمر صار فى يدها فلا يخرج بالشك)وفيه نظر لأن الأمر صار بيدها بقوله إذا شئت فلا يمكن أن يكون مخرجا للأمر عن يدها ، وإلا لزم أن يكون الشىء الواحد علة للضدين . والجواب ماقررناه فى التقرير فليطلب ثمة (ولو قال لها أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق) واضح وأوّله بقوله (موصولا) لأنه إذا قال ذلك مفصولا وقعتا قياسا واستحسانا لأنه واجد الزمان الخالى عن التطليق .

البرّ مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لأن البرّ هو المقصود ، ولا يمكنه تحقيق البر إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى ، أصله من حلف لايسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته وأخواته على ما يأتيك فى الأيمان إن شاء الله تعالى (ومن قال لامرأة يوم أتزوّجك فأنت طالق فتزوجها ليلا طلقت) لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه وإذا قرن بفعل يمتد كالصوم والأمر باليد لأنه يراد به المعيار ، وهذا أليق به ، ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ـ ومن يولهم يومئذ دبره ـ والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه إذا قرن بفعل لايمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار .

البرّ مستثنى بدلالة حال الحالف) لأن اليمين إنما تعقد للبر فهو المقصود بها وهو غير ممكن هنا إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى وهو مقدار مايمكنه تحقيق البر فيه من الزمان (أصله من حلف لايسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل بالنقلة من ساعته) بر عندنا خلافا لزفر ، فالمراد بالأصل هنا النظير لا أصل القياس لأن الكل مختلف فيه بيننا وبين زفر (قوله ومن قال لامرأة يوم أتزوّجك فأنت طالق فتزوّجها ليلا طلقت لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار) وهو ظاهر (ويطلق ويراد به مطلق الوقت كقوله تعالى ـ ومن يولهم يومئذ دبره ـ والفرار من الزحف حرام ليلا ونهارا . والأفعال منها مايمتد وهو مايصح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق كقوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان ، واختارى نفسك يوم يقدم فيتعلق الحكم ببياض النهار ، فلو قدم فلان ليلا لاخيار لها أو نهارا دخل الأمر فى يدها إلى الغروب لأنه لما امتد كان الظاهر من ذكر اليوم دون حرف فى ضرب المدة تقديرا وهو حقيقة فى بياض النهار فيبقى معه إلى أن يتعين خلافه كقولك أحسن الظن بالله يوم تموت واركب يوم يأتى العدو . ومنها مالايمتد وهو مالا يصح ضرب المدة له كالطلاق والتزوّج والعتاق والدخول والقدوم والخروج فيجب حمل اليوم معه على مطلق الوقت لأن ضرب المدة له لغو إذ لايحتمله (والطلاق من هذا القبيل) فيقع ليلا تزوّجها أو نهارا ، كذا فى عامة النسخ ، وفى الأصل التزوّج من هذا القبيل قيل كأنه غلط ، والصحيح الطلاق من هذا القبيل . وفى النهاية : الصحيح التزوّج من هذا القبيل ؛ قال كذا وجدته بخط شيخى ، ولأنه اعتبر

وقوله (وأخواته) يريد به نحو قوله لايلبس هذا الثوب وهو لابسه ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزعه فى الحال ونزل عنها لايحنث وإن كان اللبس القليل والركوب القليل يوجدان وقت الاشتغال بالنزع والنزول . وقوله (ومن قال لامرأته يوم أتزوّجك فأنت طالق) ههنا ثلاثة ألفاظ : النهار والليل واليوم ، أما النهار فللبياض خاصة ، وأما الليل فللسواد خاصة وذلك حقيقتهما اللغوية ، وأما اليوم فإنه يستعمل فى بياض النهار ومطلق الوقت بالاشتراك عند بعض ، والصحيح وهو مذهب الأكثر أن إطلاقه على مطلق الوقت مجاز لأن حمل الكلام على المجاز أولى من الاشتراك لعدم اختلال الفهم بوجود القرينة ، وعلى التقديرين لايخلو من الظرفية فيرجح أحد معنييه على الآخر بما قرن به . فإن كان ممتدا وهو مايصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمساكنة وغيرها لصحة أن يقال لبست يوما أو ركبت يوما أوسكنت يوما يحمل على بياض النهار لأنه يراد به المعيار ، وهذا أليق به وإن كان مما لايمتد كالخروج والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان ، إذ لايقال خرجت أو قدمت أو دخلت يوما يحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف قال الله تعالى ـ ومن يولهم يومئذ دبره إلا متحرفا لقتال ـ الآية والمراد به مطلق الوقت لأن الفارّ من الزحف يلحقه الوعيد ليلا كان أو نهارا . وقوله . (والطلاق من هذا القبيل) يعنى أنه من قبيل ما ليس يمتد فينتظم الليل والنهار يشير إلى أنه اعتبر المظروف دون

قوله فيرجح أحد معنييه الخ) أقول : فيه أن هذا على تقدير الاشتراك (قوله يلحقه الوعيد ليلا كان الخ) أقول : يعنى الفرار .

ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين فى القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه والليل لايتناول إلا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهذا هو اللغة .

فى الكتاب فى وزان هذه المسئلة فعل الشرط لا الجزاء ، قال فى الأيمان : لو قال يوم أكلم فلانا فامرأتى طالق فهو على الليل والنهار ، إلى أن قال : والكلام لايمتد ، ولأن ذكر الفعل إنما يستقيم من غير تأويل فى أتزوّجك لا فى أنت طالق ، ولأن ذكر القران فى قوله إذا قرن يدل على إرادة التزوّج لا الطلاق لأن مقارنته اليوم أقوى لأنه على وجه الإضافة والمضاف مع المضاف إليه كشىء واحد انتهى . والأصوب الاعتبار الأول : أعنى اعتبار الجزاء كالطلاق هنا لأن المقصود بذكر الظرف إفادة وقوعه فيه ، بخلاف المضاف إليه فإنه وإن كان مظروفا أيضا لكنه لم يقصد بذكر ذلك الظرف ، بل إنما ذكر المضاف إليه ليتعين الظرف فيتم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب . ولا شك أن اعتبار ما قصد الظرف له لاستعلام المراد من الظرف أهو الحقيقى أو المجازى أولى من اعتبار ما لم يقصد له فى استعلام حاله . إلا أن بعض المشايخ تسامحوا فيما لم يختلف فيه الجواب : أعنى مايكون به المعلق والمضاف إليه مما يمتد نحو أمرك بيدك يوم يسير فلان ، أو لايمتد كأنت حرّ يوم يقدم وطالق يوم أتزوّجك فعللوا بامتداد المضاف إليه وعدمه . والمحققون ارتفعوا عن ذلك الإيهام . ومن الشارحين من حكى خلافا فى الاعتبار ويشبه كونه وهما ، ولذا نقل اتفاقهم على اعتبار المعلق فيما يختلف فيه الجواب لو اعتبر المضاف إليه وهو مايختلف فيه المعلق والمضاف إليه بالامتداد وعدمه كأنت حر يوم يسير فلان .

[فروع] قال أنت طالق إلى شهر تطلق إذا انقضى شهر ، وأوقعه أبو يوسف للحال ، أو قبل قدوم زيد بشهر يقع إذا قدم زيد لشهر مقتصرا . وقال زفر مستندا أو قبل موت زيد بشهر فمات لتمامه وقع مستندا عند أبى حنيفة وقالا مقتصرا على الموت . وفائدة الخلاف تظهر فى اعتبار العدة ، فعند أبى حنيفة تعتبر من أوّل الشهر ولو كان وطئها فى الشهر يصير مراجعا إن كان الطلاق رجعيا ، ولو كان ثلاثا وطئها فى الشهر غرم العقر ، وعندهما تعتبر العدة من الحال ولا يصير مراجعا بذلك الوطء ولايلزمه عقر ، وقيل تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقا احتياطا ، وكذا إذا طلقها بائنا أو ثلاثا أو خالعها فى خلال الشهر ثم مات زيد لتمام الشهر وهى فى العدة لايقع الثلاث والبائن ويبطل الخلع ويرد الزوج بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والبائن لسبق الثلاث بالاستناد ، وعندهما يقع الثلاث والبائن ويصح الخلع ويصير مع الخلع ثلاثا . ولو مات زيد قبل تمام الشهر لاتطلق لعدم شهر قبل الموت .

المضاف إليه لأنه تميز المضاف بين سائر الأيام . ولهذا لم يعمل فيه باتفاق أهل اللغة . وكذلك إذا قيل عبدى حر وامرأتى طالق يوم يقدم فلان وأمرك بيدك أو اختارى يوم يقدم فلان يعتق عبده وتطلق امرأته بقدومه ليلا كان أو نهارا لعموم المجاز ، ولم يكن الأمر والاختيار بيدها بقدومه ليلا مع اتحاد المضاف إليه فيهما لامتداد المظروف فى الثانى دون الأول . وفى اعتبار عامة المشايخ إنما هو فيما لايختلف فيه الجواب بالنظر إلى حصول المقصود ، وهو ما إذا كان المظروف والمضاف إليه كلاهما مما لايمتد كقوله يوم يقدم فلان فأنت طالق ، ولهذا لم يعتبر كلهم فيما إذا اختلف الجواب فيه كمسئلة الاختيار والأمر باليد إلا المظروف . فإن قيل : اعتبر المصنف المضاف إليه فى مسئلة يوم أكلم فلانا فامرأته طالق مع اختلاف الجواب لأن الكلام مما يمتد . أجيب بأن ذلك إنماهو باعتبار أن الكلام عنده غير ممتد كما قاله بعض المشايخ ، وحينئذ لايختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستقامة الجواب وهو المقصود (ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين فى القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه) وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استغنائها عنها

(فصل)

(ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقا . ولو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ينوى الطلاق فهى طالق . وقال الشافعي : يقع الطلاق فى الوجه الأول أيضا إذا نوى) .

ولو مات بعد العدة فيما إذا طلقها فى أثناء الشهر ثم وضعت حملها أو لم تكن مدخولا بها فلم تجب عدة لايقع لعدم المحل إذ المستقبل يثبت للحال ثم يستند ، كذا فى الجامع الكبير والأسرار . هذا على طريق كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الأصح ، وقد قيل يثبت عنده بطريق التبيين . ولو قال أنت طالق قبل موتى أو قبل موتك بشهر عندهما لايقع شيء وترث منه لامتناع وقوعه مقتصرا كما هو قولهما بعد الموت . وعنده يقع مستندا حتى إذا كان صحيحا فى ذلك الوقت لاترث منه وعليها العدة ثلاث حيض . أما إذا مات قبل مضى تلك المدة لايقع الطلاق ولها الميراث . ولو قال آخر امرأة أتزوجها طالق أو آخر عبد أملكه حر فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات أو ملك عبدا ثم عبدا ثم مات يقع الطلاق والعتق عنده مستندا إلى وقت الملك والتزوج . وعندهما مقتصرا حتى يعتبر العتق من جميع المال إذا كان صحيحا وقت الشراء : فإن كان مريضا فمن الثلث وفى الزوجة الأخيرة تطلق من حين تزوجها حتى لاتلزمها العدة إذا لم يكن دخل بها ولا ميراث لها . وإن كان دخل بها فعليها العدة ولها الميراث . والفرق لأبى حنيفة بين القدوم والموت أن الموت معرف والجزاء لايقتصر على المعرف . كما لو قال إن كان فى الدار زيد فأنت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم ، وهذا لأن الموت فى الابتداء يحتمل أن يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت أصلا فأشبه سائر الشروط فى احتمال الخطر ، فإذا مضى شهر فقد علمنا بوجود شهر قبل الموت لأن الموت كائن لامحالة إلا أن الطلاق لايقع فى الحال لأنا نحتاج إلى شهر يتصل بالموت وأنه غير ثابت والموت يعرفه ، ففارق من هذا الوجه الشرط وأشبه الوقت فى قوله أنت طالق قبل رمضان بشهر فقلنا بأمر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد . ولو قال قبل رمضان بشهر وقع أول شعبان اتفاقا . ولو قال لهما أطولكما حياة طالق الساعة لم يقع حتى تموت إحداهما ؛ فإذا ماتت طلقت الأخرى مستندا عنده ومقتصرا عندهما .

(فصل)

فيه متفرقات من الإيقاع لأنه لم يقيد جهة البحث فى مسائله بعارض واحد (قوله ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقها ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ينوى الطلاق فهى طالق وبقولنا قال أحمد . وقال الشافعي ومالك يقع الطلاق فى الوجه الأول أيضا إذا نوى لأن ملك النكاح : أى الملك الذى يوجبه النكاح

(فصل)

لما كانت إضافة الطلاق إلى النساء مخالفة لإضافته إلى الرجال ذكرها فى فصل على حدة وذكر فيه مسائل أخر متنوعة وكان حقها أن تذكر فى مسائل شتى (ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقا . ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق طلقت . وقال الشافعي : يقع الطلاق فى الوجه الأول أيضا إذا نوى) لأن الطلاق وضع لإزالة ملك النكاح والحل المشتركين بين الزوجين . فإن الحل مشترك بينهما وهو

(فصـــل) ومن قال لامرأته

لأن ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت هى المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين ، وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لإزالتهما فيصح مضافا إليه كما صح مضافا إليها كما فى الإبانة والتحريم. ولنا أن الطلاق لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج، ألا ترى أنها هى الممنوعة عن التزوّج والخروج ولو كان لإزالة الملك فهو عليها لأنها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الإبانة لأنها لإزالة الوصلة وهى مشتركة بينهما وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك بينهما فصحت إضافتهما إليهما ولا تصح إضافة الطلاق إلا إليها

مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين، وكذا الحل مشترك حتى حل لكل منهما الاستمتاع بصاحبه والطلاق لإزالته فيصح مضافا إلى كل منهما. وقوله وضع لإزالتهما الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله مشترك لأن المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه ، وهذا التعليل غير مرضى عند أكثر أصحابه ، قالوا : لو كان كذلك لم يحتج إلى نية كالإضافة إليها ، والمختار عندهم أن على الزوج حجرا من جهتها حتى أنه لاينكح أختها وأربعا سواها فتصح إضافته إليه باعتبار رفع ذلك القيد ، لكن إضافة الطلاق إليه غير متعارف فاحتيج إلى نية . ولا يخفى أنه يندفع ما أورده على الأول بالنكتة الأخيرة إذ يقال تتميما للأوّل، وإنما احتاج إلى نية فى الإضافة إليه لأنه غير متعارف (قوله ولنا) تحقيقه أن الطلاق لإزالة الملك الثابت بالنكاح أو القيد، فمحل الطلاق محلهما وهى محلهما دونه فالإضافة إليه إضافة الطلاق إلى غير محله فيلغو بيان أنها المحل أنها هى المقيدة بالنكاح عن الخروج وعن الرجال دونه ، وملكها عليه إنما هو فى المال كالمهر وهو بدل ملكه لأمور ترجع إلى نفسها فهى المملوكة

ظاهر ، وكذلك النكاح لما ذكر فى الكتاب أنها تملك المطالبة بالوطء كما أنه يملك المطالبة بالتمكين ولأنهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما فى عقد النكاح (والطلاق وضع لرفع ذلك لامحالة) وكل ما وضع لذلك صح مضافا إليه كما فى الإبانة والتحريم . وقلنا : لانسلم أن الطلاق وضع لإزالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج ، ألا ترى أنها الممنوعة عن التزوّج والبروز . سلمنا أنه وضع لذلك لكن ملك النكاح له عليها لأنها مملوكة والزوج مالك، وهذا لأنها تملك بالنكاح المهر والنفقة فى مقابلة النكاح ، ولا يمكن أن يجتمع البدلان فى ملك شخص واحد (قوله ولهذا) أى لأنها مملوكة (سميت منكوحة) أى واردا عليها ملك النكاح (بخلاف الإبانة لأنها لإزالة الوصلة وهى مشتركة ، وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك فصح إضافتهما إلى الزوجين ، ولا يصح إضافة الطلاق إلا إليها)

(قال المصنف : لأن ملك النكاح مشترك) أقول : أى الملك الذى يوجبه النكاح (قال المصنف : والطلاق وضع لإزالتهما) أقول : قال ابن الهمام : الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله مشترك لأن المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه انتهى . وفيه أن الظاهر أنه راجع إلى الملك والحل (قوله وكذلك النكاح) أقول : أى ملك النكاح (قوله ولأنهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما الخ) أقول : هذا لايدل على الاشتراك الذى أراده ، فإن المملوك كالمبيع يذكر فى عقد البيع ولا اشتراك (قوله فى عقد النكاح والطلاق) أقول : قوله والطلاق تكرار لبعد العهد (قال المصنف : ولنا أن الطلاق لإزالة القيد) أقول : كما ينبئ عنه لفظ الطلاق كما سبق ذلك فى باب إيقاع الطلاق (قال المصنف : وهو فيها دون الزوج) أقول : قيل إن الزوج مقيد من جهتها أيضا حتى لايتزوج أختها ولا أربعا سواها ، وجوابه مذكور فى شرح الكنز للزيلعى . ولك أن تقول : لو كان الزوج مقيدا من جهتها لكان إزالته فى يدها ، وليس كذلك مع أنه كلام على السند على مايعلم من كلام الشراح (قوله لأن ملك النكاح له عليها الخ) أقول : وإذا كان الملك له عليها فرفعه يكون بإضافته إلى المملوك ، كما فى الإعتاق فإن العتق إذا أضيف إلى المولى يلغو إجماعا (قوله ولا يمكن أن يجتمع البدلان فى ملك شخص واحد) أقول : لعلها مغالطة فإن المهر والنفقة فى مقابلة ملك منافع بضعها ، فلو ملكت منافع الزوج أيضا لايلزم اجتماع البدلين فى ملك شخص واحد ، وموضع الغلط قوله فى مقابلة النكاح فليتأمل ، والأولى أن يقال يلزم اجتماع المالكية والمملوكية وذا غير جائز كما يأتى نظيره بعد سطور .

(ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء . قال رضى الله عنه : هكذا ذكر فى الجامع الصغير من غير خلاف ، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف آخرا . وعلى قول محمد وهو قول أبى يوسف أوّلا تطلق واحدة رجعية ، ذكر قول محمد فى كتاب الطلاق فيما إذا قال لامرأته أنت طالق واحدة أو لا شيء . ولا فرق بين المسئلتين . ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد روايتان ؛

دونه ، ولهذا ملك هو التزوّج بالكتابية ولم تملكه هى بالكتابى والنفقة بدل احتباسه إياها . والحل الذى يثبت لها تبع للحل الذى يثبت له ، فإنه لما ملك الوطء وجب عليها التمكين ومن ضرورته حل استمتاعها به . وليس الحل هو القيد الذى هو مورد الطلاق ، بل الحل أثره حسب ما حققناه فى باب إيقاع الطلاق من أنه المنع الشرعى الخ ، والثابت أثر النكاح ويرجع إلى ماتقدم من أن الثابت تبعا هل يكون محلا للطلاق . بخلاف الإبانة لأنها أى لفظها موضوع لإزالة الوصلة ووصلة النكاح مشتركة بينهما فصحت إضافتها إلى كل منهما عاملة بحقيقتها . وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك فصح كذلك عاملا بحقيقته ، وسيأتى تمامه فى الكنايات . وأما حجره عن أختها وخامسة فليس موجب نكاحها بل حجر شرعى ثابت ابتداء عن الجمع بين الأختين وخمس لا حكما للنكاح ، ولهذا لو تزوّجها مع أختها معا أو ضم خمسا معا لايجوز (قوله ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء وكذا طالق أو غير طالق وطالق أو لا ، وبه قالت الأئمة الأربعة . قال المصنف : هكذا ذكر فى الجامع الصغير من غير خلاف ، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف آخرا . وعلى قول محمد وهو قول أبى يوسف أوّلا تطلق واحدة رجعية ، كذا ذكر قول محمد فى كتاب الطلاق من المبسوط فيما إذا قال أنت طالق واحدة أولا شيء أو ثلاثا أولا شيء إنما لايقع عليها شيء عند أبى يوسف وعند محمد تطلق واحدة رجعية (ولا فرق بين المسئلتين وهما طالق وواحدة أولا وواحدة أولا شيء ، وخص الخلاف فى الأصل بين أبى يوسف ومحمد ولم يذكر قول أبى حنيفة لكن صاحب الأجناس نقل ذكره معه فى الجرجانيات ، ولو كان المذكور هنا قول الكل بسبب أنه لم يذكر

قيل لو كان الزوجان فى الإبانة والحل مشتركين لاتحدا فى حق إضافة الإبانة والحرمة إليهما واللازم باطل فكذا الملزوم ، فإنه إذا قال أنت بائن أو حرام ونوى الطلاق وقع ، ولو قال أنا بائن أو حرام ونوى الطلاق لم يقع مالم يقل منك أو عليك . وأجيب بأن هذا الاختلاف لم ينشأ من عدم الاشتراك بل من حيث تعدد الملك والحل من جهته دونها فإنه ليس عليها ملك غيره ولا تحل على غيره مادامت فى عصمته فكانت الجهة متعينة فاكتفى بقوله أنت بائن أو حرام وأما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها ، وإن كانت فى عصمته فلابد من ذكر منك أو عليك تعيينا للجهة . وقوله (ولو قال أنت طالق واحدة أولا فليس بشيء) ظاهر . وقوله (ولا فرق بين المسئلتين) يعنى بين قوله أنت طالق واحدة أولا وبين قوله أنت طالق واحدة أولا شيء فى حق التشكيك فى الإيقاع أو فى حق الوضع . وقوله (ولو كان المذكور ههنا) أى فى الجامع الصغير (قول الكل فعن محمد روايتان) لأنه لم يذكر الخلاف فى وضع الجامع الصغير فى أنه لايقع

(قال المصنف : ولا فرق بين المسألتين) أقول : يعنى به فرقا يثبت به حكم مخالف لحكم المسألة الأخرى على ماهو مصطلح الفقهاء فى لفظ الفرق (قوله قيل لو كان الزوجان فى الإبانة) أقول : والظاهر أن يقال فى الوصلة (قوله وأما الزوج فله ملك على غيرها) أقول : يعنى على غيرها من النساء (قوله وقوله ولافرق بين المسألتين ، إلى قوله فى حق التشكيك) أقول : ظاهره لايلائم كلام محمد رحمه الله .

له أنه أدخل الشك فى الواحدة لدخول كلمة « أو » بينها وبين النفى فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق ، بخلاف قوله أنت طالق أولا لأنه أدخل الشك فى أصل الإيقاع فلا يقع . ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد ؛ ألا ترى أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ، ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث ، وهذا لأن الواقع فى الحقيقة إنما هو المنعوت المحذوف معناه أنت طالق تطليقة واحدة على مامر ، وإذا كان الواقع ماكان العدد نعتا له كان الشك داخلا فى أصل الإيقاع فلا يقع شىء

خلافا ، فعن محمد روايتان . والأوجه كون الروايتين فى المسئلتين وذلك لأنه صرح بخلاف قول محمد فى مسئلة أو لاشىء فدل على وفاقه فى هذه المسئلة وهى مسئلة أولا ، وإذ لافرق بينهما كان وفاقه هنا رواية فى وفاقه فى أو لاشىء وخلافه هناك رواية فى مسئلة أولا (قوله له) أى لمحمد فى إيقاعه به واحدة على هذه الرواية (أنه أدخل الشك فى الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفى فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق) يقع به واحدة (بخلاف قوله أنت طالق أولا) أو طالق أو غير طالق فإنه لايقع به بالاتفاق (لأنه أدخل الشك فى أصل الإيقاع . ولهما) أى لأبى حنيفة وأبى يوسف (أن الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بذكر العدد) واستدل على هذا بآثار إجماعية : منها أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ، ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث لأنها حينئذ بانت بطالق لا إلى عدة فلم تبق محلا لوقوع الزائد . ومنها أنه لو قال أنت طالق واحدة إن شاء الله لم يقع شىء ، ولو كان الوقوع بالوصف كان قوله واحدة فاصلا بين الاستثناء والمستثنى منه فلم يعمل . ومنها مالو ماتت قبل العدد واحدة أو ثلاث لم يقع شىء (وقوله وهذا لأن الواقع فى الحقيقة هو المنعوت بالعدد وهو المحذوف) أى طالق تطليقة واحدة أو ثلاثا أو تطليقا ثلاثا كما قرره فى أول الباب . أما على الإنشاء فلا ، وقد رجع المصنف إلى طريقة الإنشاء فى الفصل الذى قبل هذا فى مسئلة أنت طالق أمس وقد تزوجها أول من أمس فارجع إليه ، والوجه هنا يتم بدون ذلك وهو ماذكرنا من المسائل الإجماعية الدالة على أن

شىء فكان عند محمد أيضا لايقع شىء . ثم ذكر قول محمد فى طلاق المبسوط بأن عنده تطلق واحدة رجعية إذا قال أنت طالق واحدة أو لاشىء ولا تفاوت بين الوصفين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه . وقوله (له) أى لمحمد (أنه أدخل الشك) ظاهر . وقوله (ولهما) أى ولأبى حنيفة وأبى يوسف (أن الوصف) يعنى : أنت طالق (متى قرن بالعدد) مثل أن يقول أنت طالق واحدة أو اثنتين أو ثلاثا (كان الوقوع بذكر العدد) وأطلق العدد على الواحد مجازا من حيث أنه أصل العدد ، ومعنى كلامه أن الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما واحدا فى الإيقاع ، فحينئذ كان الشك الداخل فى الواحدة داخلا فى الإيقاع فكان نظير قوله أنت طالق أولا ، وهناك لايقع شىء بالاتفاق فكذلك ههنا واستوضح ذلك بقوله (ألا ترى) وهو واضح . وقوله (على مامر)

التشكيك عنده فى تينك المسألتين إنما هو فى العدد دون الإيقاع ، إلا أن يقال : المراد وجودا وعدما (قوله وذلك يستلزم ورود الروايتين) أقول : يعنى فى كل من المسألتين (قال المصنف : ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أولا لأنه أدخل الشك فى أصل الإيقاع) أقول كأنه لم يتلفظ بالعدد ولا يلزم منه أن يكون لمحمد خلاف فى القاعدة القائلة إن الوصف إذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد مطلقا على ماظن بل خلافه فيما إذا ذكر كلمة الشك حيث يستلزم سقوط اعتبار العدد ولا يلزم إلغاء كلام العاقل مطلقا فليتأمل (قوله وقوله على مامر

(ولو قال أنت طالق مع موتي أو مع موتك فليس بشيء) لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له لأن موته ينافي الأهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما (وإذا ملك الرجل امرأته أو شقصا منها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصا منه وقعت الفرقة)للمنافاة بين الملكين . أما ملكها إياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية ، وأما ملكه إياها فلأن ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي النكاح (ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء) لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ، ولا بقاء له مع المنافي لامن وجه ولا من كل وجه ، وكذا إذا ملكته أو شقصا منه لايقع الطلاق لما قلنا من المنافاة . وعن محمد أنه يقع لأن العدة واجبه . بخلاف الفصل الأول لأنه

الواقع العدد عند ذكره لا الوصف (قوله ولوقال أنت طالق مع موتي أو مع موتك فليس بشيء لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له) وهو موته وموتها ، لأن موته ينافي الأهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد من الأهلية في الموقع والمحلية في الموقع عليها ، وإنما كان حالة موت أحدهما منافية للنكاح لأنها حالة ارتفاع النكاح، ووقوع الطلاق يستدعي حال استقراره ، أوالمعنى على تعليقه بالموت وإن كان حقيقة مع للقران ؛ ألا ترى أنه لو قال أنت طالق مع دخولك الدار تطلق به فاستدعى وقوعه تقدم الشرط وهو الموت فيقع بعد الموت وهو باطل (قوله وإذا ملك الرجل امرأته أوشقصا منها) أي سهما بأن كان تزوج أمة لغيره ثم اشتراها جميعها منه أو سهما منها أو وهبها أو ورثها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصامنه بأن تزوجت الحرة عبد الغير ثم اشترته جميعه منه أو سهما منه أو وهبه لها أو ورثته (وقعت الفرقة) بينهما فسخا للمنافاة بين الملكين ملك الرقبة وملك النكاح ، أما في ملكها إياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية فيها ، وقد تقدم تقرير هذا في فصل المحرمات وتحريره فارجع إليه ، وأما في ملكه إياها فلأن ملك النكاح ضروري لأن إثباته على الحرة لحاجة بقاء النسل فكان ملك النكاح في الأصل مع المنافي وهو حرية المملوكة للضرورة . وقد اندفعت الضرورة بقيام ملك اليمين لثبوت الحل الأقوى به فيرتفع الأضعف الضروري للاستغناء عنه ، وهذا ظاهر في ملك الأمة كلها ، وأما في ملك بعضها فأقيم ملك اليمين مقام الحل لأنه سببه احتياطا ، وهذا بخلاف المكاتب إذا اشترى زوجته لايقع بينهما فرقة لأنه لم يثبت له فيها حقيقة ملك لقيام الرق بل الثابت له حق الملك ، وهو لايمنع بقاء النكاح (قوله ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ولابقاء له مع المنافي ؛ لامن وجه كما في ملك البعض (ولا من كل وجه) كما في ملك الكل (وكذا إذا ملكته أو شقصا منه لايقع الطلاق لما قلنا من المنافاة ، وعن محمد يقع) وإنما قلنا وعن محمد لأنه لافرق بين

أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد (وقوله فللاجتماع بين المالكية والمملوكية) قد تقدم تقريره مستوفى . وقوله (فلأن ملك النكاح ضروري)بيانه أن ملك النكاح إثبات الملك على الحرة وهو على خلاف القياس وما هوكذلك فهو ضروري ، فإذا طرأ عليه الحل القوي وهوملك اليمين ينفي الحل الضروري لضعفه . فإن قيل : هذا مسلم فيما إذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين ؛ فأما إذا ملك شقصا منها فينبغي أن لاينتفي الحل الثابت بينهما بالنكاح لأنه لم يطرأ عليه لاحل قوي ولا ضعيف. أجيب بأن ملك اليمين دليل الحل فقام مقامه تيسيرا (ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه) يعني من حيث العدة لأنها أثر من

أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد) أقول : والظاهر أنه إشارة إلى مامر في باب إيقاع الطلاق (قوله بيانه ، إلى قوله : فإذا طرأ عليه الحل القوي وهو ملك اليمين الخ) أقول : ولقائل أن يقول ثبوت ملك اليمين على الآدمي على خلاف القياس أيضا فإنه خلق مملكا فالكبرى ممنوعة . والحق أن مراد المصنف غير ماذكره فليتأمل ، ولو قال وهوعلى خلاف القياس لحاجة الناس لكان سالما (قوله فقام مقامه تيسيرا) أقول : الأولى احتياطا .

لا عدة هناك حتى حل وطؤها له (ولو قال لها وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة) لأنه علق التطليق بالإعتاق أو العتق لأن اللفظ ينتظمهما والشرط مايكون معدوما على خطر الوجود

الفصلين فى عدم الوقوع فى ظاهر الرواية ، والمنقول عن محمد فى هذا الفصل فى المنظومة من الوقوع فيما إذا أعتقته ، أما إذا لم تعتقه حتى طلقها لايقع الطلاق بالاتفاق ، وتفصيل محمد على هذا أنه لاعدة هناك عليها : يعنى منه حتى حل له وطؤها بملك اليمين ، وظاهره أنه يحل تزويجه إياها كما حل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل به نقله فى الكافى . قال : لو زوّجها سيدها الذى كان زوجها جاز ثم قال والصحيح أنه لايجوز تزويجها من آخر قال : فعلم أنه لاتجب العدة عليها فى حق من اشتراها وفى حق غيره روايتان ، وهذا لأن العدة إنما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ، ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب للحل . وإذا عرفت هذا فعلى ماهو الصحيح ينبغى عدم التفصيل لمحمد ، إذ قد ظهر أن العدة هناك أيضا قائمة غير أنها لاتظهر فى حقه. وجه قول أبى يوسف أن الفرقة متى وقعت بسبب التنافى تخرج المرأة من أن تكون محلا للطلاق . وإذا خرجت من المحلية فحاجتنا إلى إثبات المحلية ابتداء بعد العتق ومجرد العدة لاتثبت المحلية ابتداء كما فى النكاح الفاسد. واعلم أن شمس الأئمة حكى فى المبسوط الخلاف على عكس هذا ولم يخصه بما إذا ملكته بل إجراء فى الفصلين ، فإنه ذكر مسئلة المهاجرة وهى ما إذا هاجرت فانفسخ نكاحها فهاجر بعدها وهى فى العدة على قولهما لم يقع طلاقه . فقال فى المبسوط : وقيل هذا قول أبى يوسف الأول وهو قول محمد ؛ فأما على قول أبى يوسف الآخر يقع طلاقه . ثم قال : وهو نظير مالو اشترى الرجل امرأته بعدما دخل بها ثم أعتقها وطلقها فى العدة لايقع طلاقه فى قول أبى يوسف الأول وهو قول محمد ، وفى قول أبى يوسف الآخر يقع ، وكذا الخلاف فيما لو اشترى المرأة زوجها : يعنى فأعتقته فحكى الخلاف فى الصورتين (قوله وإن قال) أى الزوج لها (وهى أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الرجعة لأنه علق التطليق) إذ هو السبب (حقيقة بالإعتاق أو العتق لأن اللفظ) أعنى العتق (ينتظمهما) أى ينتظم الإعتاق الذى هو فعله والعتق الذى هو وصفها أثر له ، ومعنى الانتظام ههنا صحة إرادة كل منهما به على البدل لاعلى الشمول لمنع انتظام اللفظ الواحد المعنى الحقيقى والمعنى المجازى فى إطلاق

آثاره فلا يجب مع وجود المنافى وإلا لكان ملك النكاح باقيا من وجه (ولا من كل وجه) يعنى من حيث ملك النكاح ، وعلى هذا كان قوله لامن وجه ولا من كل وجه متعلقا بقوله ولا بقاء. وقيل لامن وجه : يعنى إذا ملك الشقص ولا من كل وجه : يعنى إذا ملك الجميع ، وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافى . وقوله (لاعدّة هناك) يعنى فى حق مولاها الذى كان زوجها : أى لايظهر أثر عدّتها بدليل حل وطئها . وأما العدة فى نفسها فواجبة ، حتى إنه لو أعتقها ليس لها أن تتزوّج بآخر قبل انقضاء عدّتها . قال (وإذا قال لها وهى أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الزوج الرجعة لأنه علق التطليق بالإعتاق أوالعتق) وهذا الكلام يحتاج إلى بيان أنه تعليق مع عدم شىء من أداته وأنه تعليق التطليق المذكور دون الطلاق وأنه تعليق التطليق بالإعتاق أو العتق . أما أنه تعليق فلما بينه المصنف بقوله والشرط مايكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور : يعنى بقوله مع عتق مولاك إياك بهذه الصفة لأن الإعتاق من المولى أمر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو الطلاق تعلق به فكان العتق شرطا ووقوع الطلاق مشروطا . وأما أنه تعليق التطليق فلأن تصرف المرء إنما ينفذ فيما يملكه وهو التطليق دون الطلاق لكونه أمرا شرعيا ليس داخلا تحت قدرته ، وأشار إلى ذلك بقوله والمعلق به

والحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لأن فى التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا ، وإذا كان التطليق معلقا بالإعتاق أو العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهى حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين . بقى شىء وهو أن كلمة مع للقران . قلنا : قد تذكر للتأخر كما

واحد ، والإعتاق معنى مجازى للعتق من استعارة اسم الحكم للعلة ، وعلى هذا فإعماله فى لفظ إياك على اعتبار إرادة الفعل به إعمال المستعار للمصدر أو على اعتبار إعمال اسم المصدر كأعجبنى كلامك زيدا ، وأما على التجويز الآخر وهو أن يراد العتق الذى هو أثر فمشكل لأنه قاصر ، وإنما يعمل فى المفعول المتعدى وجعل العامل العتق اسما للمصدر يرده إلى الوجه الأول لأنه يصير معبرا به عن الإعتاق فلم يكن التعليق إلا بالإعتاق فقط . والوجه الثانى هو أن لايكون كذلك ، بل عن العتق ، هذا معنى الإشكال المذكور فى الكافى لحافظ الدين ، والعجب مما نقل فى جوابه من قول من قال ليس بمشكل لأنه لما علق التطليق بالإعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل منه وأين هذا من صحة الإعمال . وأيضا كان الوجه أن يقول المصنف بالإعتاق ، والعتق بالواو لا بأو . وحاصل تقرير المسئلة أن مع قد تذكر للمتأخر تنزيلا له منزلة المقارن لتحقق وقوعه بعده ونفى الريب عنه كما فى الآية ـ إن مع العسر يسرا ـ فصارت إن محتملة لذلك وإن كانت حقيقتها خلافه فيصار إليه بموجب وقد تحقق . وهو إناطة ثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعدوم حال التكلم وهو على خطر الوجود فإن الإناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعدوم كائنا على خطر الوجود من حيث هو مناط بوجود حكم هو معنى الشرط فلزم كون الإعتاق أو العتق شرطا للتطليق ، فإن كان الإعتاق فيوجد تطليق الثنتين بعده مقارنا للمتأخر عن الإعتاق ويقع الطلاق المتأخر عن التطليق بعده فيصادفها حرة فيملك الزوج الرجعة وإن كان العتق فأظهر ، هذا تقرير المصنف . وقيل عليه المعلول مع العلة يقترنان كالكسر مع الانكسار فى الخارج ، فالعتق مع الإعتاق والطلاق مع التطليق يقترنان ، بل الوجه أنه قرن الطلاق بالإعتاق فيكون مقرونا بالعتق وهو ضد الرق ، ووجود أحد الضدين مستلزم زوال الضد الآخر ، ولا ينبنى زواله على وجود الآخر ، إذ لايصح أن يقال وجد السكون فزالت الحركة أو وجد الحركة فزال السكون لأنه يستلزم اجتماع الضدين ، بل وجود أحدهما يقترن بزوال الآخر فيثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهى حالة زوال الرق ، فلا توجب التطليقتان حرمة غليظة فى الحرة فيملك الرجعة ، وهذا

التطليق لأن فى التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا بناء على أن الشرط عندنا يمنع علية العلة إلى زمان وجوده كما عرف فى الأصول . وأما أنه تعليق التطليق بالإعتاق أو العتق فلما قال لأن اللفظ ينتظمهما : أى يتناولهما على سبيل البدل . أما الإعتاق فعلى طريق الاستعارة لما أن العتق لما لم يتصور فى غير القريب إلا بالإعتاق كان من باب ذكر الحكم وإرادة علته . وأما العتق فعلى طريق الحقيقة وهو الملفوظ فثبت أنه علق التطليق بالإعتاق أو العتق ، وإذا كان التطليق معلقا بالإعتاق أو العتق يوجد بعده لأن الجزاء يعقب الشرط ، ثم الطلاق يوجد بعد التطليق بعدية ذاتية لكونه حكمه فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهى حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة غليظة . بقى عليه شىء وهو أن كلمة مع للمقارنة فيكون منافيا لمعنى الشرطية . وأجاب عنه بقوله قلنا قد تذكر للتأخر كما فى قوله تعالى ـ فإن مع العسر يسرا إن مع العسر يسرا ـ فتحمل عليه بدليل ماذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام . وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن قوله مع عتق مولاك إياك لايصح إلا بمعنى الإعتاق فما وجه الشق الثانى من الترديد ؟ والثانى أنه على ذلك التقرير يجب أن يقع طلاق من قبل لها وهى أجنبية

فى قوله تعالى ـ فإن مع العسر يسرا . إن مع العسر يسرا ـ فتحمل عليه بدليل ماذكرنا من معنى الشرط (ولو قال إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : زوجها يملك الرجعة) عليها ، لأن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذى علق به المولى العتق ، وإنما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته

ينبنى على أحد القولين فى أن المعلول مع العلة يقترنان فى الخارج أو يتعقبها بلا فصل وعلى أن حالة الدخول فى الوجود كحالة الوجود بعد تقرره وعدم خروج مع عن المقارنة ، وأطبق العقلاء على أن الشيء زمن ثبوته ليس بثابت وأنت قد علمت أن المعنى على خروجها وتقرر الشرط والجزاء يعقبه إذ ليس هو علة ، فليس العتق علة للطلاق بل علة الطلاق تعمل عنده ، وسنذكر ما عندنا فى العلة والمعلول. وأورد على هذا ما لو قال لأجنبية أنت طالق مع نكاحك حيث يأتى فيه التقرير المذكور مع أنه لايقع إذا تزوجها. وأجيب بأنه للمانع وهو عدم ملكه ذلك وإنما يملك اليمين . فإذا لزم بذكر حروفه : أعنى إن ونحوه بأن قال إن تزوجتك فأنت طالق صح ضرورة صحة اليمين . ومرجع هذا إلى أنه إنما يملك التعليق الصريح قبل النكاح ، بخلاف مابعده . ولقائل أن يقول : الدليل إنما قام على ملكه اليمين المضافة إلى الملك فتعلق بما يوجب معناها كيفما كان اللفظ ، والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم ولذا قال فى الدراية : هذا الجواب لم يتضح لى فإنه يملك تعليق الطلاق بالنكاح ، ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغى أن يحمل عليه (قوله ولو قال : أى لامرأته الأمة إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين ، وقال لها المولى إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : زوجها يملك الرجعة) ولم يذكر الاختلاف على رواية أبى سليمان بل على رواية الشيخ أبى حفص . وجه هذه الرواية أن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذى علق به المولى عتقها ، والمعلق إنما ينعقد سببا عند الشرط (والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته

أنت طالق مع نكاحك لأنه يكون بمعنى إن نكحتك لكن لايقع . والجواب عن الأول أن وجهه النظر إلى لفظة العتق ليتبين أثره فيما إذا قال لها أنت طالق مع عتقك فى عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة فى الكتاب . وعن الثانى بأن العدول عن معنى القران الذى هو حقيقة مع إنما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف فى ذلك تنجيزا أو تعليقا مطلقا . وفيما ذكرتم ليس كذلك فإنه لايملك التنجيز ولا التعليق إلا بالنكاح بصريح الشرط . ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقا صيانة كلام من ليس كذلك (وإذا قال إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد حرمت حرمة غليظة (لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : زوجها يملك الرجعة) كما فى المسئلة المتقدمة . واعلم أن دليل محمد على ما ذكره فى الكتاب ليس بصحيح ولا يقبل الإصلاح بالعناية ، وأنا أذكره بتوضيح تبعا للمصنف . قال (لأن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى) معنى يعنى على وجه التعليق (حيث علقه بالشرط الذى علق به المولى) فكانا مقترنين فى ذلك الشرط وهو مجىء الغد ، والمعلق بالشرط إنما ينعقد سببا عند الشرط فكانا مقترنين فى السببية لحكمهما أيضا (والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته) والحكم لايتأخر زمانا عن العلة عند المحققين سواء كانت العلة

أصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الأولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض . ولهما أنه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهى أمة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة ، بخلاف المسئلة الأولى لأنه علق التطليق بإعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ماقررناه، وبخلاف العدة لأنه يؤخذ فيها بالاحتياط . وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ، ولا وجه إلى ما قال لأن العتق لو كان يقارن الإعتاق لأنه علته فالطلاق يقارن التطليق لأنه علته فيقترنان .

أصله الاستطاعة مع الفعل) الذى يقام بها فيقترنان فى الخارج (فيكون التطليق الذى هو السبب مقارنا للعتق المقارن للإعتاق فتطلق بعد العتق وصار كالمسئلة الأولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض . ولهما أنه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها أمة . فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة . بخلاف المسئلة الأولى فإنه علق التطليق بإعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ماقررناه. وبخلاف العدة لأنه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة) ثم رد المصنف قول محمد بقوله (ولا وجه إلى ما قال لأن العتق لو كان يقارن الإعتاق لأنه علته فالطلاق يقارن التطليق لأنه علته فيقترنان) أى فيقترن الطلاق بالعتق فيصادفها على ما صادفها عليه العتق وهى أمة فتحرم ، وحقيقة محل الغلط فى تقريرقول محمد من جعل العتق شرطا على مايعطيه قوله والمعلق إنما ينعقد سببا عند الشرط : يعنى فلا ينعقد التطليق سببا إلا عند وجود العتق المقارن للإعتاق . لكنه ليس كذلك بل الشرط مجىء اليوم كما هو الشرط فى الإعتاق . فإن كانت العلة مع المعلول يلزم أن عند مجىء الغد يقترن كل من التطليق والإعتاق والطلاق والعتق فينزل الطلاق حسبما ينزل العتق وهى أمة فتحرم حرمة غليظة . وإذ قد بعد هذا التوجيه لمحمد وجه بتوجيهات أخر : أحدها أنه اعتبر قول القران فى العتق والتعاقب فى الطلاق فى هذه المسئلة لكون الإعتاق مندوبا فلتعتبر سرعة نزوله والتطليق محظور فيعتبر متأخرا نظيره البيع الصحيح ينزل الملك فيه بمجرد العقد والفاسد يتأخرفيه إلى القبض للحظر، وتوضيحه أنه ينزل عند وجود الغد التطليق والإعتاق والعتق مقترنة ، وينزل الطلاق بعدها وهى حرة وهذه فى البين . اعلم أن العقلاء اختلفوا فى العلة مع المعلول ، فذهبت طائفة إلى أن المعلول يعقبها بلا فصل، والجمهور على أنهما معا فى الخارج . وطائفة منهم خصوا العلل الشرعية فجعلوها تستعقب المعلول لأنها اعتبرت كالأعيان باقية فأمكن فيها اعتبار الأصل وهو تقدم المؤثرعلى الأثر : بخلاف نحو الاستطاعة مع الفعل لأنها عرض لايبقى فلم يمكن اعتبار تقديمها وإلا بقى الفعل بلا قدرة، والذى نختاره التعقيب

شرعية أو عقلية (أصله الاستطاعة مع الفعل) كما عرف (فيكون التطليق مقارنا للعتق) لأن التطليق مقارن للإعتاق على ما ذكرنا والإعتاق مقارن للعتق والطلاق يقارن العتق لما ذكرنا أنه علته لايتأخر عنها فالتطليق يقارن العتق ، وهذا كله صحيح . وقوله (فتطلق بعد العتق) فاسد لأن الطلاق حكم التطليق لايتأخر عنه والتطليق يقارن الإعتاق والإعتاق يقارن العتق فالطلاق يقارن العتق ، فإن المقارن للمقارن للشىء مقارن لذلك الشىء فكيف يقع بعده . فإذا كان العلتان والمعلولان معا ، فكما أن الإعتاق صادفها وهى أمة فكذلك التطليق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة، وظهر من هذا جميع ما ذكره ، وقد ذكر لمحمد أيضا أن قوله أنت حرة أو جزء من قوله أنت طالق ثنتين

(قال المصنف : فتطلق بعد العتق) أقول : قيل أى معه ، كما أن المراد بقوله مع عتق مولاك إياك : أى بعد عتق مولاك . أو المراد البعدية الذاتية فليتأمل .

(فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه)

(ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهى ثلاث)

فى العلل الشرعية والعقلية حتى إن الانكسار يعقب الكسر فى الخارج . غير أنه لسرعة إعقابه مع قلة الزمن إلى الغاية إذا كان آنيا لم يقع تمييز التقدم والتأخر فيهما . وهذا لأن المؤثر لا يقوم به التأثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتا فلا بد من أن تكمل هويته ليقوم به عارضه وإلا لم يكن مؤثرا . والله أعلم . وثانيها أن المعلق كالمرسل عند الشرط فكأن المولى والزوج أرسلا عنده فيسبق وقوع الأوجز وأنت حرة أوجز من أنت طالق ثنتين فتطلق بعد الحرية ثنتين فلا تحرم بهما . وثالثها لما تعلقا بشرط واحد طلقت زمن نزول الحرية فيصادفها حرة لاقترانهما وجودا ، ولأن الملك كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك. قلنا : التعلق بشرط واحد يقتضى أن يصادفها على الحالة التى صادفها عليها العتق وهى الرق فتغلظ الحرمة بلا شك فبطل الأخير . وإطباق العقلاء على أن الشىء زمن خروجه من العدم ليس بثابت فانتفى ما قبله ، والوقوع عند الشرط لا يتوقف على مضى قدر التكلم من الزمان بل بمجرد نزوله ينزل فى أول آن يعقبه لأنه نزول حكم فبطل ماقبلهما ورفع الأثر فى البيع الفاسد لما أمكن وهو مطلوب شرعا أخر إلى غاية يناسب التأخير إليها أعنى القبض الذى له شبه بالعقد على ماعرف فى الفصل الذى يلى باب المهر . أما ما نحن فيه فلو أمكن رفعه لم يكن بعد وجود الشرط غاية يناسب اعتبار تأخير ثبوته إليها كما هو فى البيع فكيف وهو غير ممكن الرفع ولا الدفع فلا فائدة فى تأخيره بل هو مخل بالاحتياط فبطل الأول .

(فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه)

(قوله ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهى ثلاث) طعن على محمد فى لفظ السبابة إذ الاسم الشرعى المسبحة . وأجيب بأن فى بعض النسخ السباحة : وبأنه ورد أيضا فى رواية ابن عباس رضى الله عنهما فى صفة طهوره صلى الله عليه وسلم «أدخل السبابتين فى أذنيه» كما قدمناه فى كتاب الطهارة وبأن الأعلام لا توجب تحقق معانيها فى مسمياتها وهذا منتف ، فإن الاعتراض ليس باعتبار تحقق المعنى بل بالعدول عن الاسم الشرعى إلى الشنيع والدفع برواية ابن عباس بناء على الظاهر من نقل الحديث باللفظ ، وإلا لو قيل كون الاسم الشرعى فى المسبحة يوجب كون الحديث نقلا من بعض الرواة بالمعنى حملا على تحامى ابن عباس عنه ، فالأولى اعتبار تلك النسخة ونسبة غيرها إلى التصحيف وإن كانت هى أيضا غلطا لغة من جهة الاشتقاق لأن الفعل سبح وفعال مبالغة فى فاعل وليس منه فاعل بل الوصف منه مسبح ، وأما سباح فإنما هو من سبح فى الماء سباحة ،

وهما : أى الإعتاق والتطليق يوجدان بهذين اللفظين فى زمان واحد فيتقدم أوجزهما فى الوجود وهو قوله أنت حرة فيصادفها التطليقتان وهى حرة فيملك الرجعة عليها وهذا قريب . إلا أن قوله فى زمان واحد يناقض قوله فيتقدم أوجزهما .

(فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه)

ذكر وصف الطلاق بعد ذكر أصله وتنويعه فى فصل على حدة لكونه تابعا (ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهى ثلاث ،

(فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه)

لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد فى مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم، قال عليه الصلاة والسلام « الشهر هكذا و هكذا وهكذا » الحديث، وإن أشار بواحدة فهى واحدة، وإن أشار بثنتين فهى ثنتان لما قلنا ، والإشارة تقع بالمنشورة منها ، وقيل إذا أشار بظهورها فبالمضمومة منها ، وإذا كانت تقع الإشارة بالمنشورة منها فلو نوى الإشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء ، وكذا إذا نوى الإشارة بالكف حتى يقع فى الأولى ثنتان ديانة ،

ثم شرع فى الوجه فقال (لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد فى مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم) يعنى لفظ هكذا ، وهذا غلط لفظا ومعنى ، أما لفظا فلأن التى يكنى بها عن العدد كذا ولم يستعمل قط بها التنبيه والمستعمل بها مايقصد فيه معانى الأجزاء نحو - أهكذاعرشك - يقصد بالهاء التنبيه وبالكاف التشبيه وبذا الإشارة وهذا هو المراد هنا وفى الحديث ، فقوله أنت طالق هكذا تشبيه بالعدد المشار إليه وهو العدد المفاد كميته بالأصابع المشار إليه بذا ، بخلاف كذا الكناية فإنها لم تقصد فيها معانى الإجزاء بل كلمة مركبة للدلالة على عدد مبهم الجنس أو غيره كما فى الخبر ، يقال للعبد أتذكر يوم كذا وكذا فعلت كذا وكذا ، ثم مميز هذه ليس إلا مابيين الجنس لا الكمية لأنها وضعت لقصد إبهام الكمية نحو ملكت كذا عبدا ولا يقال كذا درهما عشرين ولا كذا عشرين درهما فليس هذا استعمالا عربيا ، وهذا هو غلط المعنى (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الشهر هكذا» الخ) عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال« إنا أمة أمية لانكتب ولا نحسب ، الشهر هكذا وهكذا وهكذا ، وعقد الإبهام فى الثالثة ، والشهر هكذا وهكذا وهكذا» : يعنى تمام ثلاثين متفق عليه(وإن أشار بواحدة فهى واحدة ، وإن أشار بالثنتين فهما ثنتان لما قلنا ، والإشارة تقع بالمنشورة ، ولو نوى الإشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء ، وكذا إذا نوى الإشارة بالكف) فى الدراية الإشارة بالكف أن تقع الأصابع كلها منشورة ، فالذى يثبت بالنية منه أن تكون الأصابع الثلاث منشورة فقط حتى تقع فى الأولى ثنتان ديانة وفى الثانية واحدة لأنه يحتمله لكنه خلاف الظاهر . وقيل إن أشار بظهورها بأن جعل باطنها إليه وظاهرها إلى المرأة فبالمضمومة . وقيل إن كان بطن كفه إلى السماء فبالمنشورة ، وإن كان إلى الأرض فبالمضمومة . وقيل إن كان نشرا عن ضم فبالمنشورة للعادة وهذا قريب والمعول عليه إطلاق المصنف . ولا يخفى أن قوله بالإبهام والسبابة

لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد فى مجرى العادة إذا قرنت بالعدد المبهم) لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما (قال النبى صلى الله عليه وسلم « الشهر هكذا وهكذا وهكذا) وخنس الإبهام فى الثالثة » : يعنى أن الشهر يكون تسعة وعشرين يوما ، ومعنى خنس قبض (فإن أشار بواحدة فهى واحدة ، وإن أشار بثنتين فهى ثنتان) وقد طعن بعض الجهال على محمد فى قوله بالسبابة بأنه اسم جاهلى والاسم الشرعى المسبحة . وأجيب بأنه جاء فى الحديث السبابة ، روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : كيف الطهور؟ فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بماء فتوضأ ، فأدخل أصبعيه السبابتين أذنيه فمسح بإبهاميه ظاهر أذنيه وبالسبابتين باطن أذنيه » رواه الطحاوى فى شرح الآثار . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد فى مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد. وقوله (والإشارة تقع بالمنشورة منها)

(قال المصنف إذا اقترنت بالعدد المبهم) أقول : اعترض بأن الذى يكنى به عن العدد المبهم هو لفظ كذا لاهكذا ، والتفصيل فى شرح ابن الهمام ، ويؤيد ماذكره عنونة الفصل بقوله فى تشبيه الطلاق .

وفى الثانية واحدة لأنه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ، ولو لم يقل هكذا تقع واحدة لأنه لم يقترن بالعدد المبهم فبقى الاعتبار بقوله أنت طالق (وإذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان بائنا مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة) وقال الشافعى : يقع رجعيا إذا كان بعد الدخول بها لأن الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما إذا قال أنت طالق على أن لا رجعة لى عليك . ولنا أنه وصفه بما يحتمله لفظه ؛ ألا ترى أن البينونة قبل الدخول بها وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين ،

والوسطى ليس بقيد (قوله ولو لم يقل هكذا) يعنى قال أنت طالق ، وأشار بأصابعه الثلاث ولم يقل هكذا يقع واحدة لأنه لم يقترن بالعدد المبهم ، وعرفت أن الصواب أن يقال لأنه لم يقترن بالتشبيه المتقدم (قوله وإذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان بائنا مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة . وقال الشافعى : يقع رجعيا إذا كان بعد الدخول) وبقوله قال مالك وأحمد ، لأن الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو لأنه تغيير المشروع فصار كسلام من عليه السهو بقصد القطع لا يعمل قصده ويجب عليه سجود السهو ، وكقوله وهبتك على أن يثبت ملكك قبل القبض أو طالق على أن لا رجعة لى عليك . ولنا أنه وصف الطلاق بما يحتمله وهو البينونة فإنه يثبت به البينونة قبل الدخول فى الحال ، وكذا عند ذكر المال وبعده بعد العدة فيقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين ، أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من أن اسم الواحدة لا يحتمل العدد المحض ؛ ولو سلم فالفرق أن لا رجعة تصريح بنفى المشروع ، وفى مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا بل يلزم ضمنا . ويرد عليه أنه لو احتمل البينونة لصحت إرادتها بطالق وتقدم فى إيقاع الطلاق عدم صحتها . وأجيب بأن عمل النية فى الملفوظ لا فى غيره ، ولفظ بائن ما صار ملفوظا بالنية ، بخلاف طالق بائن ، وفيه نظر إذ ليس معنى عمل النية فى الملفوظ إلا توجيهه إلى بعض محتملاته ، فإذا فرض للفظ ذلك صح عمل النية فيه ، وقد فرض بطالق ذلك فتعمل فيه النية ، ولا تكون عاملة بلا لفظ بل ربما يعطى هذا الجواب افتقار طالق بائن فى وقوع البينونة إلى النية وليس كذلك وإن قلنا فى الجواب عدم صحة النية ليس لعدم الاحتمال بل لأنه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة ، وبه علله المصنف هناك . ورد عليه أن تغيير المشروع كما منع من صحة النية يجب أن يمنع من صحة اللفظ إذا كان مغيرا . نعم لو كانت البينونة بلفظ بائن على أنه وصف للمرأة كطالق لا وصف لطالق ، لكن ذلك منتف لأنه إذا عناها وصفا للمرأة تقع ثنتان ، وهو ما ذكره المصنف بقوله ولو عنى بأنت

ظاهر . وقوله (ولنا أنه وصفه) أى وصف الطلاق (بما يحتمله ، ألا ترى أن البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به) ولو لم يكن من محتملاته لم يحصل به (فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين) . واعترض عليه بأنه لو كان محتملا لها لجاز نيتها فيقع بقوله أنت طالق واحدة بائنة إذا نوى وليس كذلك . وأجيب بأن النية إنما تعمل إذا لم تكن مغيرة للمشروع ، ونية البائن من قوله أنت طالق تغير المشروع لأن الطلاق شرع معقبا للرجعة . ورد بأنه تسليم لدليل الخصم ومحوج إلى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع . وأجيب بأن الفرق بينهما أن الوصف الملفوظ أقوى فى اعتبار الشرع من النية ، بدليل أنه لو قال أنت طالق ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشرع ذلك طلاقا وغير به مشروعا وهو عدم اعتبار الكذب ،

(قوله وأجيب بأن الفرق ، إلى قوله : بدليل أنه لو قال أنت طالق الخ) أقول : هذا مبنى على بقاء قوله أنت طالق على خبريته كما قاله البعض

ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين . أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل ، ولو عنى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان لأن هذا الوصف يصلح لابتداء الإيقاع (وكذا إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) لأنه إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة فى الحال فصار كقوله بائن ، وكذا إذا قال أخبث الطلاق (أو أسوأه لما ذكرنا . وكذا إذا قال طلاق الشيطان

طالق واحدة وبقوله بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان . على أن التركيب خبر بعد خبر لأن هذا الوصف يصلح لابتداء الإيقاع ، ولو أمكن أن يقال الإيقاع ببائن وصفا لها وطالق قرينته فاستغنى به عن النية فلم يحتج إليها كما يحتاج إلى النية لو أفرد لم يبعد لكن فيه ما فيه ، ثم بينونة الأولى ضرورة بينونة الثانية ؛ إذ معنى الرجعى كونه بحيث يملك رجعتها وذلك منتف باتصال البائنة الثانية فلا فائدة فى وصفها بالرجعية . وكل كناية قرنت بطالق يجرى فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان (قوله وكذا إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) معطوف على أنت طالق بائن فى الأحكام الأربعة وقوع الواحدة بائنة إذا لم ينو شيئا أو نوى ثنتين والثلاث بالنية . ولو عنى بطالق واحدة وبأفحش الطلاق أخرى يقع ثنتان ، وإنما وقع البائن لأنه أى الطلاق إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو قطع النكاح فى الحال فى البائن ومؤجلا بالانقضاء فى الرجعى . وأفعل للتفاوت وهو يحصل بالبينونة فإنه أفحش مما يثبت به مؤجلا : أعنى الرجعى فصار كقوله بائن . وكذا إذا قال أخبث الطلاق أو أسوأه . أو أشره أو أخشنه أو أكبره أو أغلظه وأطوله وأعرضه وأعظمه كلها مثل أفحشه . وسنذكر جواب أنه لم يقع ثلاث . وكذا طلاق الشيطان أو طلاق البدعة يقع به واحدة بائنة بلا نية لأن الرجعى هو السنى فيكون البدعى وطلاق الشيطان هو البائن ، وفى عبارته تساهل إذ ليس الرجعى هو السنى بل أعم . لأنه لو طلقها فى الحيض كان رجعيا وليس سنيا .

ولو نوى طلاقا ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبر طلاقا لئلا يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بألفاظ الطلاق . وقوله (ومسئلة الرجعة ممنوعة) أى لانسلم أنه لايقع بائنا بل تقع واحدة بائنة . ولئن سلم فالفرق أن فى قوله أن لارجعة تصريحا بنفى المشروع ، وفى مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا فيلزم منها نفى الرجعة ضمنا ، وكم من شىء يثبت ضمنا وإن لم يثبت قصدا ، كذا أفاده شيخ شيخى العلامة . وقوله (فتقع واحدة بائنة) يعنى فيما إذا قال أنت طالق بائن (إذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين ، أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل) أى فى باب إيقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنسا . وقوله (تطليقتان بائنتان) يعنى عندنا . وقياس قول الشافعى تطليقتان رجعيتان . وقوله (لأن هذا الوصف) يعنى قوله بائن أو البتة يصلح لابتداء الإيقاع بأن كان يقول أنت بائن أو أنت البتة ونوى به الطلاق ، وكذا إذا نوى بتة تطليقة أخرى ويكون خبرا بعد خبر فكان كقوله أنت طالق أنت بائن وكان ينبغى أن يكون أحدهما رجعيا عملا بقوله أنت طالق إلا أنا جعلناه بائنا لعدم الإمكان لأن الثانى يكون بائنا لامحالة عندنا فيكون الأول كذلك ضرورة إذ لايتصور بقاء الأول رجعيا إذا صار الثانى بائنا ، وهذا يشير إلى أن الأول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا بوقوع الثانى بائنا لعدم تصوّر بقائه رجعيا . وهذا صحيح ظاهر ، ومن الناس من ذهب إلى أن الأوّل يقع رجعيا . فإن أراد ما ذكرناه فلا كلام فيه . وإن أراد بقاءه رجعيا فليس بصحيح . وقوله (وكذا إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) معطوف على قوله أنت طالق بائن فى الأحكام

(قوله وهذا يشير إلى أن الأول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا الخ) أقول : وفيه بحث . والظاهر أن إطلاق البائن عليه من باب التغليب

أوطلاق البدعة) لأن الرجعي هو السني فيكون قوله البدعة وطلاق الشيطان بائنا . وعن أبي يوسف في قوله أنت طالق للبدعة أنه لايكون بائنا إلا بالنية لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع في حالة حيض فلا بد من النية . وعن محمد أنه إذا قال أنت طالق للبدعة أوطلاق الشيطان يكون رجعيا لأن هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك (وكذا إذا قال كالجبل) لأن التشبيه به يوجب زيادة لامحالة وذلك بإثبات زيادة الوصف ،وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا ، وقال أبو يوسف : يكون رجعيا لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحده (ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة إلا أن ينوى ثلاثا) أما الأول فلأنه وصفه بالشدة وهو البائن لأنه لايحتمل الانتقاض والارتفاض، أما الرجعي فيحتمله ، وإنما تصح نية الثلاث لذكره المصدر ،

وعن أبي يوسف في قوله أنت طالق للبدعة لايكون بائنا إلا بالنية لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع في الحيض كما تكون بالبينونة فلا بد من النية . ولو قال أقبح الطلاق ، فعند أبي يوسف رجعي لاحتماله القبح الشرعي والطبيعي بأن يطلقها في وقت يكره فيه الطلاق طبعا ، كذا ذكر . وكأنه الطهر الخالي عن الجماع فتجتمع الكراهة الطبيعية والشرعية ، أو يراد وقت تتفق ٧ نفرة الطباع فيه عن الطلاق . وعند محمد بائن حملا له على المنهي عنه (قوله وعن محمد أنه إذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا) لما ذكرنا في وجه الرواية عن أبي يوسف (قوله وكذا إذا قال كالجبل) لأن التشبيه بالجبل يوجب زيادة العظم فتحصل بإثبات زيادة الوصف البينونة (وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا ، وقال أبو يوسف : يكون رجعيا لأن الجبل شيء واحد فكان التشبيه في توحده) يعني يمكن ذلك فلا تثبت البينونة بالشك . قلنا المعروف الذى هو كالصريح أن التشبيه بالجبل إنما يراد في الثقل أو العظم فيثبت المشتهر قضية للفظ وتتوقف الوحدة على النية بينه وبين الله تعالى : أما القاضي فلا يصدقه فيها (قوله ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة إلا أن ينوى ثلاثا أما الأول) وهو قوله أشد الطلاق (فلأنه وصفه بالشدة) فإن قيل : بل بالأشدية فيجب وقوع الثلاث، وكذا كل ماكان مثله مثل أقبح الطلاق . أجيب بأن أفعل يراد به أيضا الوصف كقولهم : الأشج والناقص أعدلا بني مروان : أي عادلاهم فلا يحمل على الثلاث بالاحتمال . ولا يخفى أن الاعتبار للظاهر ولذا ثبت البائن كالجبل مع احتمال إرادة كون وجه التشبيه الوحدة ، والأوجه أن هذا الاحتمال يجعل ظاهرا لحرمة الثلاث فيصار إلى الواحدة البائنة وتتوقف الثلاث على النية . ثم قوله (وإنما تصح نية الثلاث لذكره المصدر)فإن المعنى طالق طلاقا هو أشد

الأربعة وهي قوله فتقع واحدة بائنة إذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين . ولو نوى الثلاث فثلاث . ولو نوى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله أفحش الطلاق واحدة أخرى يقع تطليقتان . وكذا الجواب في قوله أخبث الطلاق أو أشره أو أشده أو أكبره أو أسوأه . لأن الطلاق إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة في الحال لاباعتبار ذاته لكونه غير محسوس . وما هو غير محسوس فإنما يعرف بأثره فصار كأنه قال أنت بائن . فإن قيل : أفحش وأشد ونحوهما أفعل التفضيل فيقتضي فاحشا وأفحش . والفاحش هو البائن . والأفحش منه هو الثلاث فينبغي أن تقع الثلاث به نوى أولم ينو. أجيب بأن أفعل قد يكون لإثبات أصل الوصف من غير زيادة كقوله :

ووجه المجاز عدم ظهور أثر رجعي (قال المصنف : أما الأول فلأنه وصفه بالشدة) أقول : فيه إشارة إلى أن الأشد بمعنى الشديد (قال المصنف لذكره المصدر) أقول : يعني تقديرا إذ المعنى طالق طلاقا أشد الطلاق .

وأما الثانى فلأنه قد يراد بهذا التشبيه فى القوّة تارة وفى العدد أخرى ، يقال هو كألف رجل ويراد به القوّة فتصح نية الأمرين وعند فقدانها يثبت أقلهما . وعن محمد أنه يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فيراد به التشبيه فى العدد ظاهرا فصار كما إذا قال أنت طالق كعدد ألف ، وأما الثالث فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمه فى نفسه وقد يملؤه لكثرته ، فأى ذلك نوى صحت نيته ، وعند انعدام النية يثبت الأقل . ثم الأصل عند أبى حنيفة أنه متى شبه الطلاق بشىء يقع بائنا : أى شىء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر

الطلاق . والحاصل أن أفعل التفضيل بعض ما أضيف إليه فكان أشد معبرا به عن المصدر الذى هو الطلاق (قوله وأما الثانى وهو قوله كألف فقد يراد به التشبيه فى القوّة) كما يقال زيد كألف رجل : أى بأسه وقوّته كبأسهم وقوّتهم ، وقد يراد به التشبيه فى العدد فيصير كما لو نص على العدد فقال كعدد ألف أو قدر عدد ألف وفيه يقع ثلاث اتفاقا فتصح نية كل من الأمرين وعند فقدانها يثبت أقلهما ، وعند محمد يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فيراد به التشبيه فى العدد ظاهرا فيصير كقوله طالق كعدد ألف ، ومعلوم أن التشبيه بالعدد ليس له معنى فى خصوص الكمية ، وإلا لقال أنت طالق ألفا إذ لامعنى لقوله ألف تشبه هذه الألف فإنه يستقيم فى الكثرة : أى طالق عددا كثيرا ككثرة الألف والكثرة التى تشبه كثرة الألف ما يقاربها فلا بد أن يزيد على اثنين فيقع الثلاث . قلنا : كون التشبيه به فى القوّة أشهر فلا يقع الآخر إلا بالنية ، بخلاف عدد الألف ، وعلى هذا الخلاف مثل ألف ، أما لو قال واحدة كألف فهى واحدة بائنة بالإجماع . ولو شبه بالعدد فيما لاعدد به فقال طالق كعدد الشمس أو التراب أو مثله فعند أبى يوسف رجعية ، واختاره إمام الحرمين من الشافعية لأن التشبيه بالعدد فيما لاعدد له لغو ولا عدد للتراب . وعند محمد يقع الثلاث وهو قول الشافعى وأحمد لأنه يراد بالعدد إذا ذكر الكثرة . وفى قياس قول أبى حنيفة واحدة بائنة لأن التشبيه يقتضى ضربا من الزيادة كما مر . أما لو قال مثل التراب يقع واحدة رجعية عند محمد ، وعنه فى كالنجوم تقع واحدة وكعدد النجوم ثلاث . والفرق له بين هذا وبين قوله كألف أن الألف موضوع للعدد فيكون التشبيه به للكثرة ، بخلاف النجوم فيحتمل التشبيه فى النور . ولو قال كثلاث فهى واحدة بائنة عند أبى يوسف وثلاث عند محمد كما لو قال كعدد ثلاث ، وهذا ضعيف لأنه تشبيه العدد بالعدد فى خصوص الكمية وفيه ماذكرناه آنفا . وفى كافى الحاكم ! لو قال أنت طالق أكثر الطلاق فهى ثلاث لايدين فيها إذا قال نويت واحدة اهـ . ولو أضافه إلى عدد معلوم النفى كعدد شعر بطن كفى أو مجهول النفى والإثبات كعدد شعر إبليس أو نحوه تقع واحدة أو من شأنه الثبوت لكنه كان زائلا وقت الحلف بعارض كعدد شعر ساقى أو ساقك وقد تنورا لايقع لعدم الشرط (قوله وأما الثالث) هو قوله مل ء البيت فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمه فى نفسه وقد يملأه لكثرته فأى ذلك نوى صحت نيته وعند عدم النية يثبت الأقل وهو ظاهر (قوله ثم الأصل) الأصل أنه إذا وصف الطلاق بما لايوصف به يلغو الوصف ويقع رجعيا نحو طلاقا لايقع

الناقص والأشج أعدلا بنى مروان وهو مشهور سمى للإضافة بالمعنى الثانى ، وكلامه واضح لايحتاج إلى شرح .

(قال المصنف : يقال هو كألف ويراد به القوة) أقول : فيه أن قوة الألف أن لاتحل حتى تنكح زوجا غيره (قال المصنف : ثم الأصل عند أبى حنيفة رحمه الله أنه متى شبه الطلاق بشىء يقع بائنا أى شىء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر (أقول : قال الإمام التمرتاشى : لأن الشىء قد يشبه بغيره لعظمه وقد يشبه لحقارته ، والحقير مكروه عادة والبائن مكروه ، فيكون عبارة عن البائن انتهى . فيه أن الشكل الثانى

لما مر أن التشبيه يقتضى زيادة وصف . وعند أبي يوسف أن ذكر العظم يكون بائنا وإلا فلا أى شيء كان المشبه به لأن التشبيه قد يكون فى التوحيد على التجريد . أما ذكر العظم فللزيادة لامحالة . وعند زفر إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا وإلا فهو رجعى . وقيل محمد مع أبي حنيفة ، وقيل مع أبي يوسف. وبيانه فى قوله مثل رأس الإبرة مثل عظم رأس الإبرة ومثل الجبل مثل عظم الجبل (ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهى واحدة بائنة) لأن مالايمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن ، وما يصعب تداركه يقال لهذا الأمر طول وعرض .

عليك أو على أنى بالخيار وإن كان يوصف به ، فإما أن لاينبئ عن زيادة فى أثره كقوله أحسن الطلاق أسنه أجمله أعدله خيره أكمله أتمه أفضله فيقع به رجعيا وتكون طالقا للسنة فى وقت السنة ، وإن نوى ثلاثا فهى ثلاث للسنة . وفى مختصر الطحاوى : لوقال أنت طالق تطليقة حسنة أوجميلة كانت طالقا ويملك رجعتها حائضا كانت أو غير حائض ولم تكن هذه التطليقة للسنة . قال : وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أنها طالق تطليقة للسنة ، كما لو قال أنت طالق أحسن الطلاق أو ينبئ كأشده وأطوله يقع به بائنا ، وأما تشبيهه فكلمتهم على أنه بائن عند أبي حنيفة أى شيء كان المشبه به كرأس إبرة وكحبة خردل أو كسمسمة لاقتضاء التشبيه الزيادة . وعند أبي يوسف إن ذكر العظم فكذلك وإلا فرجعى أىّ شيء كان المشبه به ولو كان عظيما لأن التشبيه قد يكون من حيث التوحيد والتجريد والعظم للزيادة لا محالة . وعند زفر إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس فبائن وإلا فرجعى ذكر العظم أو لا . وبيان الأصول فى مثل رأس إبرة عند أبي حنيفة بائن وعند أبي يوسف رجعى إلا أن يقول كعظم رأس إبرة فحينئذ هو بائن وعند زفر رجعية . وفى كالجبل بائن عند أبي حنيفة وزفر ، رجعى عند أبي يوسف إلا أن يقول كعظم الجبل ، ولو قال مثل عظمه فهو بائن عند الكل . وقول محمد قيل مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف ، هذا كله عند عدم النية . أما لو نوى الثلاث فى هذه الفصول صحت نيته لأن الواقع بها بائن والبينونة تتنوع إلى غليظة وخفيفة . وفى شرح الكنز كالثلج بائن عند أبي حنيفة ، وعندهما إن أراد به بياضه فرجعى وإن أراد به برده فبائن اهـ . وهذا يقتضى أن أبا يوسف لايقصر البينونة فى التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة ، وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبي حنيفة لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق وكأسنه وكأحسنه ، والله سبحانه أعلم (قوله ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهى واحدة بائنة ، لأن ما لايمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن ، وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الأمر طول وعرض) فهو

وذكر الأصل الذى يبتنى عليه أقوالهم وهو أيضا واضح . وقوله (وبيانه فى قوله مثل رأس الإبرة) يقع به واحدة بائنة عند أبي حنيفة خاصة على تقدير أن يكون محمد مع أبي يوسف ، وقيل مثل عظم رأس الإبرة يقع به واحدة بائنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد . (وقوله مثل الجبل) يقع واحدة بائنة عند أبي حنيفة وزفر ومحمد إن كان مع أبي حنيفة . وقوله (مثل عظم الجبل) يقع به واحدة بائنة بالاتفاق ، أما عند أبي حنيفة فلوجود التشبيه ،

لاينتج إذا لم يختلف مقدمتاه فى الكيف مع أن الحقير قليل الأثر عادة والرجعى كذلك فيكون عبارة عن الرجعى (قال المصنف : لما مر أن التشبيه الخ) أقول : قبل ثمانية أسطر (قال المصنف : وعند أبي يوسف رحمه الله أن ذكر العظم يكون بائنا وإلا فلا أى شيء كان المشبه به) أقول : قال ابن الهمام : وفى شرح الكنز للزيلعى : كالثلج بائن عند أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما إن أراد به بياضه فرجعى وإن أراد به برده فبائن انتهى . وهذا يقتضى أن أبا يوسف لايقصر البينونة فى التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة ، وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبي حنيفة رحمه الله لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق وكأسنه وكأحسنه انتهى . وأنت خبير باحتياج صحة التفريع بقوله وكذا الخ إلى توجيه .

وعن أبي يوسف أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لايليق به فيلغو ،.ولو نوى الثلاث فى هذه الفصول صحت نيته لتنوّع البينونة على مامر والواقع بها بائن .

(فصل فى الطلاق قبل الدخول)

(وإذا طلق رجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن عليها) لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا ثلاثا

البائن أيضا (وعن أبي يوسف أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لايليق به فيلغو) وفى الكافى للحاكم : لو قال أنت طالق طول كذا وكذا أو عرض كذا وكذا فهى واحدة بائنة ولا يكون ثلاثا وإن نواها لأن الطول والعرض يدلان على القوّة لكنهما يكونان للشيء الواحد فكأنه قال طالق واحدة طولها كذا وعرضها كذا فلم تصح نية الثلاث (قوله ولو نوى الثلاث فى هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة الخ) أراد بالفصول ماذكره من قوله طالق بائن أو البتة أوأفحش الطلاق أو أخبثه أوأسوأه وطلاق الشيطان والبدعة وأشده كألف وملء البيت ومثل رأس إبرة ومثل الجبل وطالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لأنها كلها بوائن والبينونة تتنوع إلى خفيفة وغليظة ، وكذا ذكر الصدر الشهيد . وقال العتابى :الصحيح أنه لاتصح نية الثلاث فى طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لأنه نص على التطليقة وإنها تتناول الواحدة ونسبه إلى شمس الأئمة ورجح بأن النية إنما تعمل فى المحتمل ، وتطليقة بتاء الوحدة لاتحتمل الثلاث .

(فصل فى الطلاق قبل الدخول)

لما كان النكاح للدخول كان الطلاق بعده على الأصل لأن الأصل حصول غرض الشيء بعد وجوده وقبله بالعوارض فقدم ما بالأصل على ما بالعوارض (قوله وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول وقعن عليها لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا) أى تطليقا ثلاثا على ما بيناه فى الفصل، وفى باب إيقاع الطلاق أن

وأما عند أبي يوسف فلذكر العظم ، وأما عند زفر فلكون الجبل مما يوصف بالعظم عند الناس ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فصل فى الطلاق قبل الدخول)

لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الأصل وله أحكام جمة ذكره فى فصل على حدة بعد ذكر ما هو الأصل (إذا قال لغير الملموسة أنت طالق ثلاثا وقعن) وقال الحسن البصرى: يقع واحدة بقوله أنت طالق وتبين بها لاإلى عدة . وقوله ثلاثا يصادفها وهى أجنبية فلا يقع به شيء ، كما لو قال أنت طالق طالق طالق . ولنا ماذكر فى الكتاب وهو لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا: يعنى قبل هذا أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الخ ، وإنما يقدر المصدر محذوفا لأن الوصف نعت المرأة وهى غير متعددة فلا بد من تقدير شيء يحتمل التعدد ، والمصدر أولى بذلك لدلالة الوصف عليه ، فإذا

(فصل فى الطلاق قبل الدخول)

(قال المصنف : لأن الواقع مصدر محذوف) أقول : فيه تسامح ، والمراد هو المصدر المحذوف مع صفته (قوله لدلالة الوصف عليه)

على ما بيناه ، فلم يكن قوله أنت طالق إيقاعا على حدة فيقعن جملة (فإن فرّق الطلاق بانت بالأولى ولم تقع الثانية والثالثة) وذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق لأن كل واحدة إيقاع على حدة إذا لم يذكر فى آخر كلامه مايغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الأولى فى الحال فتصادفها الثانية وهى مبانة (وكذا إذا قال لها أنت طالق

الواقع عند أنت طالق مصدر هو تطليق يثبت مقتضى وهو الموصوف بالعدد وطلاقها أثره ، وبه دفع قول الحسن البصرى وعطاء وجابر بن زيد أنه لايقع عليها واحدة لبينونتها بطالق ولا يؤثر العدد شيئا . ونص محمد قال : إذا طلق الرجل امرأته ثلاثا جميعا فقد خالف السنة وأثم بربه وإن دخل بها أو لم يدخل سواء ، ثم قال : بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن علىّ وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله عليهم أجمعين ، ولا ينافى قول الإنشاء أن يكون عند ذكر العدد يتوقف الوقوع على ذكر العدد وكونه وصفا لمحذوف ، أما لو قال أوقعت عليك ثلاث تطليقات فإنه يقع الثلاث عند الكل . (قوله وإن فرق الطلاق بانت بالأولى ولم تقع الثانية) وذلك كقوله أنت طالق طالق طالق لأنه ليس فى آخر الكلام مايغير أوله ليتوقف أوّله فلم يقع بطالق الأول شىء . فإن قيل : لو قال بالواو طالق وطالق وطالق أو طالق واحدة وواحدة وواحدة فالحكم كذلك مع أن الواو للجمع وهو يغير حكم التفريق إذ الحاصل به كالحاصل بطالق ثلاثا ، وحكمهما مختلف لأن فى التفريق تبين بواحدة فينبغى أن يتوقف الصدر فيقع الثلاث كما قال مالك وأحمد . قلنا : الجمع الذى يباين التفريق حكما هو الجمع بمعنى المعية المغير له كلفظ ثلاثا ونحوه . وليس الواو للجمع بهذا المعنى بل لجمع المتعاطفات فى معنى العامل أعم من كونه على وجه المعية وعلى تقدم بعض المتعاطفات بها فى تعلق معنى العامل به وتأخره وكل من الجمع بمعنى المعية ومن الجمع بمعنى ترتب المتعاطفات على الترتب اللفظى وعكسه أفراده ، ولا دلالة للأعم على الأخص فليس للواو دلالة على الجمع بمعنى المعية بل تصدق معه كما تصدق مع التعاقب فى التعلق فلم يكن ذكرها بالضرورة ذكر مغير لعدم الدلالة على مايوجب التغيير وهو المعية . ولأن الحكم بتوقف الصدر يتوقف على الحكم بأنها فى التركيب للمعية . وإذا علمت أنها لاتتعرض إلا للقدر المشترك لم يجب اعتبارها للفرد الذى هو المعية بعينه . وليس هو بأولى من اعتبارها للفرد الذى هو التعاقب فى معنى العامل ، وبعدم اعتبارها للمعية يعمل كل لفظ عمله فتبين بالأولى فلا يقع مابعدها غير متوقف ذلك على اعتبارها للترتيب . فاندفع ماقيل : لولم يتوقف لعدم اعتبارها للمعية لزم اعتبارها للترتيب. وأما وقوع الثلاث على غير المدخول بها إذا قال أنت طالق إحدى وعشرين ووقوع الثنتين فى قوله لها أنت طالق واحدة ونصف واحدة فليس للتوقف بسبب إيجاب الواو المعية بل لأنه أخصر ما يلفظ به إذا أراد الإيقاع بهذه

كان الواقع مصدرا محذوفا لم يكن قوله أنت طالق إيقاعا على حدة وإلا لزاد عدد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جملة وصار الكل كلاما واحدا ، ولا كذلك أنت طالق طالق طالق لكونها جملا فيكون كل واحد إيقاعا على حدة وتبين بالأولى ، ولا تقع الثانية إذا لم يذكر فى آخر كلامه مايغير صدره حتى يتوقف عليه لأن الثانية صادفتها وهى

أقول : يعنى بطريق الاقتضاء (قوله وإلا لزاد عدد الطلاق وهو غير مشروع) أقول : قيل إن أريد الزيادة وقوعا فلا نسلم ذلك ، لأن الواقع ثلاث لاغير كما إذا قال للمدخول بها أنت طالق ألفا ، وإن أريد الزيادة لفظا فلا نسلم كونه محذورا (قوله ولا كذلك أنت طالق طالق طالق لكونها جملا الخ) أقول : ولك أن تقول : لم لايجوز أن يكون من قبيل قوله صلى الله عليه وسلم « فنكاحها باطل باطل باطل » واحتمال كونها جملا لايجدى نفعا إذ الطلاق لايثبت بالشك مع أن الحذف خلاف الأصل ، واللائق بحال المسلم أن لايجمع الثلاث فى وقت ، ثم فائدة ماقلنا تظهر فى المدخولة فتأمل (قال المصنف : إذا لم يذكر فى آخر كلامه مايغير صدره) أقول : سيأتى فى هذه الصحيفة أمثلته .

واحدة وواحدة وقعت واحدة) لما ذكرنا أنها بانت بالأولى (ولو قال لها أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا) لأنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد ، فإذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الإيقاع فبطل(وكذا لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثا) لما بينا وهذه تجانس ماقبلها من حيث المعنى (ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة) والأصل أنه متى ذكر شيئين وأدخل بينهما حرف الظرف إن قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخرا كقوله جاءنى زيد قبله عمرو ، وإن لم يقرنها بهاء الكناية كان

الطريقة ، وهو مختار فى التعبير لغة وإن لم يكن مختارا فى إحدى وعشرين شرعا إلا أن الشرع لم ينف حكمه إذا تكلم به . وذكر شمس الأئمة فى المسئلة خلاف زفر فلا يقع عنده إلا واحدة لوجود العطف فيسبق الواقع الأول . أما لو قال أنت طالق إحدى عشر فإنه يقع الثلاث بالاتفاق لعدم العاطف ووقوع الثلاث عليها إذا قال لها أنت طالق ثلاثا إن شئت فقالت شئت واحدة وواحدة وواحدة لأن تمام الشرط بآخر كلامها ، وما لم يتم الشرط لايقع الجزاء . واعلم أن شمس الأئمة حكى بين أبى يوسف ومحمد خلافا فى نحو أنت طالق وطالق وطالق أن عند أبى يوسف تبين قبل أن يفرغ من الكلام الثانى ، وعند محمد بعد فراغه منه لجواز أن يلحق بكلامه شرطا أو استثناء ورجح فى أصوله قول أبى يوسف أنه مالم يقع الطلاق لايفوت المحل ، فلو توقف وقوع الأولى على التكلم بالثانية لوقعا جميعا لوجود المحل للثلاث حال التكلم بها . ولا يخفى أن النظر إلى تعليل محمد بتجويز أن يلحقه مغير يفيد أن المراد تأخر ظهور وقت الوقوع فإن مقتضاه إنما هو أنه إذا ألحق تبين عدم الوقوع وإذا لم يلحق تبين الوقوع من حين تلفظ بالأول ، وهذا لاينفيه أبو يوسف فلا خلاف فى المعنى بينهما(قوله وهذه) أى المسائل الثلاث (تجانس ما قبلها من حيث المعنى) وهو فوات المحل عند الإيقاع فلا يقع شىء غير أن فواته فى هذه بالموت فلا يقع شىء كما لو قال أنت طالق إن شاء الله فماتت قبل أن يقول إن شاء الله لايقع عليها شىء وفيما قبلها بالطلاق فيقع الأول دون ما بعده (قوله ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة ، والأصل فيه أنه إذا ذكر شيئين وأدخل بينهما ظرفا إن قرنها بهاء الكناية) أى أضيفت كلمة الظرف إلى ضمير

مبانة ، كما لو قال أنت طالق واحدة وواحدة (ولو قال أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة بطل لأنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد ، فإذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الإيقاع فبطل ، وكذا لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثا لما بينا) أنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد (وهذه) أى هذه المسائل الثلاث وهى قوله أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة ، وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين أو ماتت قبل قوله ثلاثا (توافق ما قبلها) وهو قوله وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن (من حيث الدليل) وهو أن الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده ، إلا أن الحكم اختلف لما أن ذكر العدد الذى هو الواقع فى هذه المسائل الثلاث صادف المرأة وهى ميتة فلم يقع الطلاق أصلا ، وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهى منكوحته حية وقع الثلاث لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار فى الصورتين للعدد لاللوصف (قوله ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة) اعلم أن كلمة قبل للتقديم وكلمة بعد للتأخير

(قال المصنف : وهذه تجانس ماقبلها من حيث المعنى) أقول : قال ابن الهمام : وهو فوات المحل عند الإيقاع انتهى . وهذا مبنى على أن يكون ماقبلها إشارة إلى مافى حيز فإن فرق الطلاق (قوله توافق ماقبلها إلى قوله من حيث الدليل) أقول: قوله من حيث الدليل متعلق بقوله توافق (قوله وهو أن الواقع فيهما جميعا ذكر العدد) أقول : المراد من الذكر المذكور : أى العدد المذكور.

صفة للمذكور أولا كقوله جاءنى زيد قبل عمرو ، وإيقاع الطلاق فى الماضى إيقاع فى الحال لأن الإسناد ليس فى وسعه فالقبلية فى قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتبين بالأولى فلا تقع الثانية ، والبعدية فى قوله بعدها واحدة صفة للأخيرة فحصلت الإبانة بالأولى (ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان) لأن القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى إيقاعها فى الماضى وإيقاع الأولى فى الحال ، غير أن الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال أيضا فيقترنان فيقعان ، وكذا إذا قال أنت طالق واحدة بعد واحدة لأن البعدية صفة للأولى فاقتضى إيقاع الواحدة فى الحال وإيقاع الأخرى قبل هذه فتقترنان (ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة تقع ثنتان) لأن كلمة مع للقران . وعن أبى يوسف فى قوله معها واحدة أنه تقع واحدة

الأول كانت صفة للمذكور آخرا كجاءنى زيد قبله عمرو ، وإن لم يقرنها بها بل أضيفت إلى ظاهر كجاء زيد قبل عمرو كان صفة للأول بالضرورة ولأنها حينئذ خبر عنه . أما إذا قرن بها ارتفع عمرو المتأخر بالابتداء ويكون الظرف خبره والخبر وصف للمبتدإ ، وحينئذ القبلية فى واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتطلق واحدة تقع قبل الثانية المذكورة فى اللفظ : أعنى المضاف إليها لفظة قبل قد يلحقها الثانية ، وفى قبلها واحدة صفة للأخيرة لأنها المبتدأ المخبر بالظرف عنه والجملة موصوف بمضمونها واحدة الأولى فقد أوقع واحدة موصوفة بقبلية أخرى لها ، ولا يقدر عليه إذ لم يكن فى الواقع لها وجود سابق على الموقعة فيحكم أن الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال فيقترنان فيقعان . وإذا كان الظرف لفظة بعد ففى واحدة بعد واحدة يكون صفة للأولى فقد أوقع واحدة موصوفة بأنها بعد أخرى وهو معنى قبلية أخرى لها ، ولا قدرة على تقديم مالم يسبق للوجود على الموجود فيقترنان بحكم أن الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال فيقعان ، وفى واحدة بعدها واحدة أوقع واحدة موصوفة ببعدية أخرى لها فوقعت الأولى قبلها فلا تلحق الثانية غير المدخول بها . وأما إذا قال واحدة معها واحدة أو مع واحدة فلا فرق فى الحاصل لأن مع للقران فيتوقف الأول على الثانى تحقيقا لمعناها . وعن أبى يوسف فى قوله معها واحدة تقع واحدة لأن الكناية تستدعى سبق المكنى عنه . قلنا : وقد وجد وهى واحدة التى هو مرجع الضمير إذ قد سبق لفظها غير أنه يجب التوقف لاتصال المغير وهو المعية المانعة من انفراد السابق الحكم الذى هو مقتضاه من حيث هو منفرد لفظا وإن عنى سبق وجوده فممنوع ، ومن مسائل قبل وبعد ما قيل منظوما :

فى فتى علق الطلاق بشهر قبل مابعد قبله رمضان

فإذا قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة ، وإذا قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو بعد واحدة وقعت ثنتان ، وذلك مبنى على أصلين ذكرهما المصنف فى الكتاب : أحدهما أن الظرف إذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده ، وإذا لم يقيد كان صفة لما قبله . والثانى أن الإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال لأن الإسناد ليس فى سعته ، فإذا قيل لغير المدخول بها أنت طالق واحدة قبل واحدة كان الظرف صفة لما قبله فيقع واحدة قبل الأخرى فيفوت المحل وتلغو الثانية ، وإذا قال قبلها واحدة يكون صفة للثانية فاقتضى إيقاعها فى الماضى وإيقاع الأولى فى الحال ، والإيقاع فى الماضى إيقاع فى الحال فيقترنان فى الوقوع ، والبعدية فى قوله بعد واحدة صفة لما قبله فيقتضى إيقاع الأولى فى الحال وإيقاع الثانية قبلها فيقترنان كما مر . وفى قوله بعدها واحدة صفة للثانية فتبين بالأولى وتلغو الثانية لفوات المحلية (ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة وقعت ثنتان) لأن كلمة مع للقران فتتوقف الأولى على الثانية تحقيقا لمراده فوقعا معا . وعن أبى يوسف

لأن الكناية تقتضى سبق المكنى عنه لامحالة ، وفى المدخول بها تقع ثنتان فى الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الأولى (ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة و واحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبى حنيفة . وقالا : تقع ثنتان . ولو قال لها أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين) بالاتفاق. لهما أن حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما إذا نص على الثلاث أو أخر الشرط.

وصوره ثلاث : لأنه إما أن يكون جميع ماذكر بلفظ قبل أو جميعه بلفظ بعد أو جمع بينهما : فى الجمع كالبيت يلغى قبل ببعد فيبقى شهر قبله رمضان فيقع فى شوال ، وفى نحوه ثلاث صور أخرى وذلك لأنه لايخلو من أنه إذا كرر لفظة قبل مرة واحدة أن يتخلل بينهما بعد كما فى البيت وقد عرفت حكمه . أو لايتخلل بل يكون المذكور محض قبل نحو فى شهر قبل ماقبل قبله رمضان فيقع فى ذى الحجة ، ومن أنه إذا كرر لفظة بعد مرة واحدة أن يتخلل بينهما قبل قلب البيت . وحكمه أنه يلغى بعد بقبل فيبقى شهر بعد رمضان فيقع فى شعبان ، أو لايتخلل بل المذكور محض بعد نحو فى شهر بعد ما بعد بعده رمضان فيقع فى جمادى الآخرة (قوله وفى المدخول بها) يعنى أن ماذكرناه من التفصيل فى قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة هو فى غير المدخول بها. أما فى المدخول بها فيقع ثنتان فى الوجوه كلها : أى فى قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة . واستشكل فى واحدة قبل واحدة لأن كون الشىء قبل غيره لايقتضى وجود ذلك الغير على ماذكر محمد فى الزيادات نحو قوله تعالى ـ فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ـ لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربى ـ وقول النبى صلى الله عليه وسلم « خللوا أصابعكم قبل أن يتخللها نار جهنم» وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشىء قبل غيره يقتضى وجود ذلك الغير ظاهرا وإن لم يستدعه لامحالة ، والعمل بالظاهر واجب ما أمكن (قوله ولو قال لها) أى لغير المدخول بها (إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة و واحدة فدخلت وقع عليها واحدة عند أبى حنيفة ، وقالا ثنتان) ولو قدم الجزاء فقال أنت طالق واحدة وواحدة ، فإن دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق. لهما أن الواو للجمع المطلق : أى لجمع المتعاطفات مما قبلها وما بعدها فى الحكم سواء كان عاملا كجاء زيد وعمرو

فى قوله معها أنها تقع واحدة لأن الكناية تستدعى سبق المكنى عنه وجودا ، وذلك فى الطلاق بالوقوع . وقوله (وفى المدخول بها يقع ثنتان فى الوجوه كلها) أى فيما ذكر من قبل وبعد بالكناية وغيرها لقيام المحلية بعد وقوع الأولى . قال (ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة) أقول : إذا علق بالشرط عددا من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو ، فإما إن قدم الشرط أو أخره ، فإن كان الثانى كما إذا قال أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق ، وإن كان الأول كما إذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فكذلك عندهما . وقال أبو حنيفة يقع واحدة (لهما أن الواو للجمع المطلق) وقد دخلت بين الأجزية فيجمع بينهما فيتعلقن جميعا وينزلن جملة ، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا

(قال المصنف : وفى المدخول بها تقع ثنتان فى الوجوه كلها) أقول : قال ابن الهمام : واستشكل فى واحدة قبل واحدة لأن كون الشىء قبل غيره لايقتضى وجود ذلك الغير على ماذكر فى الزيادات نحو ـ فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ـ لنفد البحر قبل أن تنفد كلمات ربى ـ وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشىء قبل غيره يقتضى وجود ذلك الغير ظاهرا وإن لم يستدعه لامحالة والعمل بالظاهر واجب ما أمكن انتهى ، وفيه تأمل .

وله أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب ، فعلى اعتبار الأول تقع ثنتان ، وعلى اعتبار الثانى لاتقع إلا واحدة كما إذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك، بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه مغير صدر الكلام

أو لا كزيد وعمرو وبكر جاءوا مطلقا : أى بلا قيد معية أو ترتب بل أعم من ذلك يصدق مع كل منهما فقد جمع بين الواحدة والواحدة فى التعليق بدخول الدار فصار كما إذا جمع بينهما بلفظ الجمع بأن قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثنتين ، وكما إذا أخر الشرط والمسئلة بحالها . وهذا التفريق اللفظى لا أثر له لأنه فى حال التكلم يتعلق الطلاق لا فى حال التطليق تنجيزا ، بخلاف قوله لغير المدخول بها أنت طالق واحدة وواحدة لأنه فى حال الإيقاع ولا موجب لتوقف الأول فيقع ، أما هنا فيتوقف فيتعلق الكل دفعة ثم ينزلن كذلك فيقع الكل، ولو سلم التعاقب فى التعليق فالمتعلقات بشرط واحد على التعاقب تنزل جملة عند وجوده كما لو حصل بأيمان تتخللها أزمنة ؛ كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثم بعد زمان قال إن دخلت فأنت طالق فدخلت يقع الكل اتفاقا ، وقول المصنف كما إذا نص على الثلاث غير مناسب للصورة وكذا فيتعلقن ويقعن (قوله وله أن الجمع المطلق) الذى هو معنى الواو يحتمل عند وقوع الواو فى الاستعمال أن يراد من حيث هو فى ضمن القران أو الترتيب، وهذا لأنه لايراد فى الاستعمال الخاص الأعم إلا من حيث هو فى ضمن أحد أخصائه ، وعلى الاعتبار الثانى وهو أن يراد الجمع بوصف الترتيب لايقع إلا واحدة . كما إذا نجز الثلاث بالواو لغير المدخول بها يقع واحدة لملاحظة هذا الاعتبار ويلغو مابعدها لفوات المحل، فهكذا هذا لأنه حينئذ يكون المراد إن دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها واحدة أخرى وبعدها أخرى ويفوت المحل بالأولى، وعلى اعتبار إرادة المعية ينزل الكل ولا تعين لأحد الجائزين ونزول الطلاق عند الشرط لابد منه فتنزل واحدة ولاينزل الزائد بالشك. وتقرير الأصول أن الأول تعلق قبل الثانى لعدم ما يوجب توقفه ، وتعلق الثانى بواسطته والثالث بواسطتهما فينزل على الوجه الذى وقع عليه التعلق ، بخلاف مسئلة تكرار الشرط لأن تعلق الثانى بغير شرط الأول ليس بواسطة الأول لأن كلا منهما جملة مستقلة ، فتعلق بالشرط الواحد طلقات ليس منها شىء بواسطة شىء فينزلن جميعا عند الشرط ، وبخلاف ما إذا تقدم الجزاء لأن تأخر الشرط موجب لتوقف الأول لأنه مغير فتعلق الكل فيه دفعة فينزل دفعة . ونقض بما لو قال لغير المدخول بها إن دخلت فأنت طالق واحدة لابل ثنتين فدخلت يقع ثلاث، ولو نجز بهذا اللفظ وقع واحدة. وأجيب بأن لابل لاستدراك الغلط بإقامة الثانى بدل الأول . ولا يمكن فى الطلاق فيتعلق الأول ويصح تعلق الثانى لبقاء محل التعليق بعد تعلق الأول فيتعلق بلا واسطة كأنه أعاد الشرط لتعليق ثنتين وجعله يمينين . فإذا وجد الشرط وقع الكل جملة، بخلاف ما إذا نجز لأنها بانت بالأولى فلم تبق محلا لإيقاع الثنتين وقولهما أرجح . وقوله تعلق الثانى بواسطة تعلق الأول ، إن أريد أنه علة تعلقه فممنوع بل علته جمع الواو إياه إلى الشرط ، وإن أريد كونه سابق التعلق سلمناه ، ولا يفيد كالأيمان المتعاقبة ؛ ولو سلم أن تعلق الأول علة لتعلق الثانى لم يلزم كون نزوله علة لنزوله إذ لاتلازم فجاز كونه علة لتعلقه فيتقدم فى التعلق، وليس نزوله علة لنزوله ، بل إذا تعلق الثانى

لأن الجمع بواو الجمع كالجمع بلفظ الجمع ، وكما لو أخر الشرط فإن تأخيره لا يغير موجب الكلام . وله أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب لأن تحققه فى الخارج لايمكن إلا بأحد الوجهين . وعلى اعتبار الأول تقع الجملة ، وعلى اعتبار الثانى لاتقع إلا واحدة ؛ كما إذا نجز بهذه اللفظة بأن قال لها أنت طالق واحدة وواحدة فإنه لايقع إلا واحدة بالاتفاق فكان فى الزائد على الواحدة شك فلا يقع ، بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه مغير صدر

فيتوقف الأول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف. ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي ، وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح .

بأي سبب كان صار مع الأول متعلقين بشرط ، وعند نزول الشرط ينزل المشروط. وتقرير المصنف رحمه الله أقرب ، ولا يرد عليه مسئلة الأيمان . فإن قيل : قوله لايقع الزائد بالشك يدفع بأنه لاشك فى تعلق الكل سواء كان بطريق المعية أو الترتيب فيجب أن تنزل كلها عند الشرط كالأيمان المتعاقبة بشرط واحد. قلنا: الترتيب الذى يراد بالواو يقتضى كما قررناه أن وقوع كل متقدم جزء شرط وقوع المتأخر؛ فإن معناه: إن دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها أخرى وتليها أخرى فلا يقع متأخر إلا بعد وقوع المتقدم فصار الدخول شرط كل متأخر ، بخلاف الترتيب الذى اتفق فى الأيمان فإنه ليس الشرط فى الكل إلا شرط الأول فقط، فإذا وجد الدخول مثلا فقد وجد تمام شرط كل معلق من الطلقات الثلاث . وعلى هذا الخلاف مالو قال لغير المدخول بها إن دخلت الدار فأنت طالق وأنت على كظهر أمى ووالله لا أقربك أربعة أشهر فدخلت طلقت وسقط الظهار عنده والإيلاء لسبق الطلاق فتبين فلا تبقى محلا للظهار والإيلاء . وعندهما هو مطلق مظاهر مول. ولو قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت طالق وأنت على كظهر أمى ووالله لا أقربك أربعة أشهر فتزوجها فعلى الخلاف، بخلاف ما لو قدم الظهار والإيلاء فقال والله لا أقربك وأنت على كظهر أمى وأنت طالق فتزوجها وقع الكل، أما عندهما فلا إشكال ، وأما عنده فلسبق الإيلاء ثم هى بعده محل للطلاق فتطلق (قوله ولو عطف بحرف الفاء) فقال : أى لغير المدخول بها إن دخلت فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت (فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي) فعنده تبين بواحدة ويسقط مابعدها ، وعندهما يقع الثلاث وفى المبسوط نقله عن الطحاوى فليكن عنهما (وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق وهو الأصح) لأن الفاء للتعقيب فصارت كثم وبعد فقد جعل الشرط دخول الدار ووقوع طلقة ، ولا وقوع قبل مجموع الشرط فتقع الثانية بعدهما، وشرط الثالثة الدخول ووقوع طلقتين فيقع بعدهما على النحو الذى قررنا عليه كلام المصنف لأبى حنيفة ، وهذا لأنه يصير المعنى إن دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها أخرى ، ولو عطف بثم وأخر الشرط كأنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت . فإن كانت مدخولا بها ، فعنده يقع فى الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالشرط لأنها للتراخى ، وكماله باعتباره فى اللفظ والمعنى فكأنه فصل بسكوت، ولو سكت وقع الأول ولا يتوقف ليتعلق فكذا هنا . وإذا وقع الأول بقيت محلا فتقع الثانية وتتعلق الثالثة بدخولها الدار ، وإن كانت غير مدخول بها وقعت واحدة فى الحال ويلغو الثانى لانتفاء محليتها ،وإن قدم الشرط فقال إن دخلت فأنت طالق ثم طالق ثم طالق وهى مدخول بها تعلق الأول ووقعت الثانية والثالثة ، وإن لم تكن

الكلام عن التنجيز إلى التعليق ، وكل ما كان كذلك توقف فيه صدر الكلام عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على الترتيب وبانت بالأولى فلا تقع الثانية ولم يجب عن التنصيص بلفظ الجمع لظهوره لأنه لا يحتمل الترتيب . وقوله(ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي) فإنه جعل العطف بالواو والفاء سواء، وقال إن حرف العطف يجعلهما كلاما واحدا فتعلقا كما فى صورة الواو ، وسواء قدم الشرط أو أخره عندهما خلافا له (وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح) .

(قوله وقع على الترتيب وبانت بالأولى) أقول : لعل المراد أنه يحتمل ذلك فلا يقع بالشك حتى لايخالف آخر كلامه أوله .

(وأما الضرب الثانى وهو الكنايات لايقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال) لأنها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين أو دلالته .قال(وهى على ضربين : منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعى ولا يقع بها إلاواحدة، وهى قوله اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة) أما الأولى فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى ، فإن نوى الأول تعين بنيته فيقتضى طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة .

مدخولا بها تعلق الأول ووقع الثانى ولغا الثالث . والوجه بعد معرفة الأصل ظاهر ، وعندهما تعلق الكل بالثانى قدمه أو أخره ، إلا أن عند وجود الشرط يقع الثلاث إن كانت مدخولا بها، وفى غير المدخول بها تطلق واحدة قدمه أوأخره ، فأثر التراخى يظهر عنده فى التعليق كأنه سكت ثم تكلم، وعندهما فى الوقوع عند الشرط ولو لم يعطف أصلا بأن قال إن دخلت فأنت طالق واحدة واحدة يقع عند الشرط واحدة بالاتفاق ، لأنه إنما تعلق الأول ولغا مابعده لعدم مايوجب تشريكه معه (قوله وأما الضرب الثانى وهو الكنايات) لما ذكر أحكام الصريح شرع فى بيان الكنايات وقدم الصريح إذ هو الأصل فى الكلام لأنه وضع للإفهام، فما كان أدخل وأظهر فيه كان أصلا بالنسبة لما وضع له ، وحين كان الصريح ماظهر المراد منه لاشتهاره فى المعنى كان الكناية ماخفى المراد به لتوارد الاحتمالات عليه ، وإنما لم يعرّف المصنف الكناية كما عرف الصريح بل ابتدأ فقال (وهو الكنايات لايقع بها الطلاق إلابالنية) إلى آخره لاشتهار أنها ضد الصريح ، وحين عرّفه علم أن الكناية ما لم يصدق عليه تعريفه مع أنه يؤخذ رسمها من تعليله حيث قال إنها تحتمله وغيره ، فكأن الكناية ما احتمل الطلاق وغيره فلزم أن يستفسر عن مقصوده به ، أما إذا كانت حالة ظاهرة تفيد مقصوده فإن القاضى يعتبرها ولا يصدقه فى ادعاء فإنه ينصرف إلى مايخالف مقتضاها وهى دلالة الحال فإنها مما يحكم بإرادة مقتضاها شرعا كما فى البيع بالدراهم المطلقة فإنه ينصرف إلى غالب نقد البلد بدلالة الحال ، وكذا إذا أطلق الصرورة نية الحج ينصرف إلى نية الحج الفرض. والحاصل أن النية باطنة والحال ظاهرة فى المراد فظهرت نيته بها فلا يصدق فى إنكار مقتضاها بعد ظهوره فى القضاء ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدقه الله سبحانه إذا نوى خلاف مقتضى ظاهر الحال . فقول المصنف لايقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال يحمل على حكم القاضى بالوقوع ، أما فى نفس الأمر فلا يقع إلا بالنية مطلقا، ألا ترى أن أنت طالق إذا قال أردت عن وثاق لايصدقه وفيما بينه وبين الله هى زوجته إذا كان نواه(قوله لأنها غير موضوعة للطلاق) بل موضوعة لما هوأعم منه أومن حكمه ، والأعم فى المادة الاستعمالية يحتمل كلا مماصدقاته ، ولا يتعين أحدهما إلا بمعين ، والمعين فى نفس الأمر هوالنية ، وبالنسبة إلى القاضى دلالة الحال ،فإن لم تكن فدعواه ما أراد، وإنما قلنا أعم منه ومن حكمه ولم نقل أعم منه لما سنذكر من أنها لم يرد بما سوى الثلاث الرجعية اعتدى استبرئى أنت واحدة الطلاق أصلا بل ما هو حكمه من البينونة من النكاح ، وعلى هذا فقول المصنف بل تحتمله وغيره تساهل لأن محتملات اللفظ تستعمل فيها ، وسنشير إلى أنه لم يرد بها الطلاق ونقرره . والجواب أن المراد تحتمله متعلقا لمعناها أو واقعا عنده فتدخل الثلاث الرجعية (قوله وهى) أى الكنايات (على ضربين) هذا تقسيم للكنايات ، وهى تنقسم أولا بحسب ماهى كناية عنه ، وثانيا باعتبار الواقع بها ، وما ذكره المصنف هى القسمة الثانية . أما الأولى فتنقسم إلى ما هو كناية عن حكم الطلاق وإلى ما عن تفويضه الثانى لفظان اختارى وأمرك بيدك

قال (وأما الضرب الثانى وهو الكنايات) لما فرغ من الضرب الأول وهو الصريح شرع فى بيان الضرب الثانى وهوالكنايات . الكناية :ما استتر المراد به . وحكمها أنه لايجب العمل بها إلا بالنية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال

وأما الثانية فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد لأنه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها وأما الثالثة فلأنها تحتمل أن تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فإذا نواه جعل كأنه قاله ، والطلاق يعقب الرجعة ، ويحتمل غيره وهو أن تكون واحدة عنده أو عند قومه ، ولما احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيه إلى النية ولا تقع إلا واحدة لأن قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر ، ولو كان مظهرا لا تقع بها إلا واحدة فإذا كان مضمرا أولى ، وفى قوله واحدة وإن صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافى نية

لا يدخل فى يدها إلا بنية الطلاق فلا يقع إلا بقولها بعد نيته طلقت نفسى واخترت نفسى ، والأول ماسواهما وينقسم إلى ما يقع به البائن وهو ماسوى الألفاظ الثلاثة وسنذكر مافيه ، وإلى ما يقع به الرجعى وهى الألفاظ الثلاثة اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة ثم لا يقع به إلا واحدة . أما الأولى : أى كون الأولى وهى كلمة اعتدى كناية فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح والاعتداد بنعم الله تعالى ، فإن نوى الأول تعين ويقتضى طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة . ولا يخفى أن القول بالاقتضاء وثبوت الرجعة فيما إذا قاله بعد الدخول ، أما قبله فهو مجاز عن كونى طالقا باسم الحكم عن العلة لا المسبب عن السبب ليرد أن شرطه اختصاص المسبب بالسبب ، والعدة لا تختص بالطلاق لثبوتها فى أم الولد إذا عتقت . ويجاب بأن ثبوتها فيما ذكر لوجود سبب ثبوتها فى الطلاق وهو الاستبراء لا بالأصالة وهو غير دافع سؤال عدم الاختصاص . واعلم أنه كما يجب كونها مجازا عن كونى طالقا فى غير المدخول بها يجب كون استبرئى رحمك كذلك فى المدخول بها إذا كانت آيسة أو صغيرة ، وما فى النوادر من أن وقوع الرجعى بها استحسان لحديث سودة : يعنى أنه صلى الله عليه وسلم قال لها « اعتدى ثم راجعها » والقياس أن يقع البائن كسائر الكنايات بعيد بل ثبوت الرجعى بها قياس واستحسان لأن علية البينونة فى غير الثلاثة منتفية فيها فلا يتجه القياس أصلا . نعم الاعتداد يقتضى فرقة بعد الدخول وهى أعم من رجعى وبائن لكن لا يوجب ذلك تعين البائن بل يتعين الأخف لعدم الدلالة على الزائد عليه . وأما الثانية وهى كلمة استبرئى رحمك فلأنه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فاحتمل استبرئيه لأنى طلقتك أو لأطلقك : يعنى إذا علمت خلوه عن الولد ، وعلى الأول يقع وعلى الثانى لا فلابد من النية ، ولا يخفى أنها أيضا قبل الدخول مجاز عن كونى طالقا كاعتدى ، وكذا فى الآيسة والصغيرة المدخول بها كما ذكرناه . وأما الثالثة وهى أنت واحدة

لأنها غير موضوعة لما استعملت فيه بل تحتمله وغيره فلابد من التعيين أو دلالته (ثم الكناية على ضربين) ما يكون الواقع به واحدة رجعية ، وما يكون واحدة بائنة : فالأول ثلاثة ألفاظ هى اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة ، ولا بد لكل واحدة منها من احتمال معنيين حتى يحتاج إلى التعيين بالنية أو بما يقوم مقامها من دلالة الحال ، وقد ذكر المصنف فى كل واحد منها ذلك وكلامه فيه واضح . وقوله (لأن قوله أنت طالق فيها) أى فى هذه الألفاظ الثلاثة (مقتضى) أى ثابت بالاقتضاء فى قوله اعتدى واستبرئى كما أشار إليه فى قوله فيقتضى طلاقا سابقا ، لأن الأمر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح فلا بد من تقدير الطلاق سابقا . وقوله (أو مضمر) يعنى فى قوله أنت

(قوله لأنها غير موضوعة) أقول : أى غير متعينة فيه بدليل بل تحتمله وغيره (قال المصنف : فيقتضى طلاقا سابقا) أقول : يعنى إن كان بعد الدخول وإن كان قبله يكون مستعارا عن الطلاق لأنه سببه فى الجملة وإن لم يكن سببا له فى هذه الحالة (قال المصنف : وتحتمل الاستبراء ليطلقها) أقول : يعنى إذا علم خلوه من الولد (قال المصنف : لأن قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر) أقول : قوله مقتضى يعنى فى الأوليين ، وقوله مضمر يعنى فى الثالثة .

الثلاث ، ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لأن العوام لايميزون بين وجوه الإعراب . قال (وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة ، وإن نوى ثلاثا كانت ثلاثا ، وإن نوى ثنتين كانت واحدة ،

فلأنها تحتمل أن تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة ، فإذا نواه فكأنه قاله : يعنى إذا نواه مع الوصف المذكور فكأنه قاله لظهور أن مجرد نية الطلاق لايوجب الحكم والطلاق يعقب الرجعة ، ويحتمل غيره نحو أنت واحدة عندى أو فى قومك مدحا وذما . فقد ظهر أن الطلاق فى هذه الألفاظ الثلاثة مقتضى كما هو فى اعتدى استبرئى رحمك لأنه يقع شرعا بها فهو ثابت اقتضاء ومضمر فى واحدة ، ولو كان مظهرا لايقع إلا واحدة ، فإذا كان مضمرا وأنه أضعف منه أولى أن لايقع إلا واحدة ، وفى واحدة إن صار المصدر مذكورا بذكر صفته لكن التنصيص على الواحد يمنع إرادة الثلاث لأنها صفة للمصدر المحدود بالهاء فلا يتجاوز الواحدة . واعتراض بعضهم على قوله يحتمل أن يكون نعتا لمصدر محذوف : أى تطليقة واحدة بأن فيه تكلفا غير محتاج إليه ، بل يحتمل أن يراد به منفردة عن الزوج ساقط لأنه لايدفع احتماله لما ذكر المصنف ، والتطليق بالمصدر الملفوظ به شائع فى طلاق العرب منه ماقدمناه من الشعر القائل : * فأنت طلاق والطلاق عزيمة * إلى آخره ، ومن قول المغيرة بن شعبة حين طلق الأربع : اذهبن فأنتن الطلاق أو طلاق وكثير ، بخلاف التطليق بلفظ أنت منفردة عن الزوج فكان احتمال أنت واحدة للمصدر أظهر من احتمالها لمنفردة عن الزوج فضلا عن تعين الثانى (قوله ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح) احتراز عما قال بعضهم إن رفع الواحدة لايقع شىء وإن نوى ؛ وإن نصبها وقعت واحدة وإن لم ينو لأنها حينئذ نعت للمصدر : أى أنت طالق تطليقة واحدة فقد أوقع بالصريح وإن سكن احتيج إلى النية . وجه الصحيح أن العوام لايميزون بين وجوه الإعراب فلا يجوز بناء حكم يرجع إلى العامة عليه ، ولأن الرفع يجوز لكونه نعتا لطلقة : أى أنت طلقة واحدة ، والنصب يجوز لكونه نعتا لمصدر آخر : أى أنت متكلمة كلمة واحدة . وهذا الوجه يعم العوام والخواص : ولأن الخاصة لاتلتزم التكلم العرفى على صحة الإعراب بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم ، ولذا ترى أهل العلم فى مجارى كلامهم لايقيمونه (قوله وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة . فإن نوى الثلاث كانت ثلاثا ، وإن نوى ثنتين كانت واحدة) وفى هذا الإطلاق نظر : بل يقع الرجعى ببعض الكنايات سوى الثلاث ، فقد ذكر فى أنا برئ من طلاقك يقع رجعى إذا نوى . بخلاف ما إذا قال من نكاحك ، قاله ابن سلام . وفى الخلاصة اختلف فى برئت من طلاقك إذا نوى . والأصح يقع رجعيا . والأوجه عندى أن يقع بائنا لأن حقيقة تبرئته منه تستلزم عجزه عن الإيقاع وهو بالبينونة بانقضاء العدة أو الثلاث أو عدم الإيقاع أصلا وبذلك صار كناية ، فإذا أراد الأول

واحدة . وقوله (ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ) يعنى سواء قال أنت طالق واحدة بالنصب أو بالرفع أو بالسكون . فقوله (هو الصحيح) احترازعن قول بعض المشايخ يقع الطلاق إذا نصب الواحدة وإن لم ينو لكونه صفة للطلقة . أما إذا رفعها فلا يقع وإن نوى لأنها حينئذ تكون صفة شخصها ، وقيل هو قول محمد . وعند أبى يوسف يقع فى الأحوال كلها لأن نية الطلاق تعرب عن الغرض وإن أخطأ فى الإعراب ، وإن أسكن فهو محتاج إلى النية لاحتمال المعنيين . والصحيح أن الكل سواء (لأن العوام لايميزون بين وجوه الإعراب) والثانى هو بقية الكنايات وهى المذكورة فى الكتاب (إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وإن نوى ثلاثا كان ثلاثا وإن نوى ثنتين كانت واحدة) أما وجوب النية فلما ذكرنا من احتماله الطلاق وغيره إلا أن يكون فى حال مذاكرة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحق بأهلك وخلية وبرية ووهبتك لأهلك وسرحتك وفارقتك وأمرك بيدك واختارى وأنت حرة وتقنعى وتخمرى واستترى واغربى واخرجى واذهبى وقومى وابتغى الأزواج) لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية . قال(إلا أن يكون فى حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق فى القضاء ، ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه . قال رضى الله عنه (سوى بين هذه الألفاظ وقال: ولا يصدق فى القضاء إذا كان فى حال مذاكرة الطلاق)

وقع وصرف إلى إحدى البينونتين وهى التى دون الثلاث ، وكذا فى قوله الطلاق عليك يقع بالنية وفى وهبتك طلاقك إذا نوى يقع رجعيا ، وكذا قالوا فى بعتك طلاقك إذا قالت اشتريت من غير بدل . ثم فى الهبة إذا لم تكن نية تطلق فى القضاء . ولو قال نويت أن يكون فى يدها لايصدق ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فهو كما نوى . فإن طلقت نفسها فى ذلك المجلس طلقت وإلا فهى زوجته . هذا إذا ابتدأ الزوج ، فلو ابتدأت فقالت هب لى طلاقى تريد أعرض عنه فقال وهبت لايقع وإن نوى ، لأنه جوابها فيما طلبت كذا قيل . وفيه نظر . بل يجب أن يقع إذا نوى لأنه لو ابتدأ به ونوى وقع ، فإذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب . وأخرج الكلام ابتداء وله ذلك وهو أدرى بنفسه ونيته ، ويقع رجعيا فى خذى طلاقك وأقرضتك وكذا فى قد شاء الله طلاقك أو قضاه أو شئت يقع بالنية رجعى (قوله وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحق بأهلك) بوصل الهمزة (وخلية وبرية ووهبتك لأهلك وفارقتك وأمرك بيدك واختارى وأنت حرة) وأعتقتك مثل أنت حرا (وتقنعى وتخمرى واستترى واغربى) بالغين المعجمة والراء المهملة وبالعين المهملة والزاى (واخرجى واذهبى وقومى وابتغى الأزواج لأنها تحتمل الطلاق وغيره) وتحرير المحتملات غير خاف ؛ وحبلك على غاربك تمثيل لأنه تشبيه بالصورة المنتزعة من أشياء وهى هيئة الناقة إذا أريد إطلاقها للرعى وهى ذات رسن فألقى الحبل على غاربها : وهو مابين السنام والعنق كى لاتتعقل به إذا كان مطروحا ، فشبه بهذه الهيئة الإطلاقية إطلاق المرأة عن قيد النكاح أو العمل أو التصرف من البيع والشراء والإجارة والاستئجار وصار كناية فى الطلاق لتعدد صور الإطلاق ، وفى وهبتك لأهلك إذا نوى يقع وإن لم يقبلوها لأنه يجب كون وهبتك لأهلك مجازا عن رددتك عليهم فيصير إلى الحالة الأولى وهى البينونة فلا يحتاج إلى قبولهم إياها فى ثبوت البينونة ، والحق بأهلك مثله فى صيرورتها إلى الحالة الأولى ، وقوله وهبتك لأبيك أو لابنك مثله بخلاف الأجانب (فلا بد من النية) أى فى الحكم بوقوع الطلاق (إلا أن يكون فى حالة مذاكرة الطلاق) وهو حال سؤالها الطلاق أو سؤال أجنبى (فيقع فى القضاء) وإن قال أردت غير الطلاق (ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه) ويستثنى منها اختارى لما نذكر وأمرك بيدك . قال المصنف (سوى) أى القدورى (بين هذه الألفاظ وقال : لايصدق حال مذاكرة الطلاق فى القضاء) إذا قال نويت غير الطلاق من المحتملات ، وهكذا فعل شمس الأئمة فى المبسوط والمشايخ

الطلاق فإن القاضى يحكم بالوقوع وإن ادعى الزوج عدم النية . وأما جواز نية الثلاث فلأن الواقع بها إذا كان بائنا فالبينونة تتصل بالمرأة للحال ، ولاتصالها وجهان : انقطاع يرجع إلى الملك ، وانقطاع يرجع إلى الحل فيتعدد المقتضى بتعدد المقتضى على الاحتمال فصح تعيينه والمستثنى بمعزل عن ذلك . قال المصنف (سوى) يعنى القدورى (بين ألفاظ الكنايات) فى وقوع الطلاق بلا نية حال مذاكرة الطلاق . وليس على إطلاقه بل إنما ذلك

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

قالوا (وهذا فيما لايصلح ردا) والجملة فى ذلك أن الأحوال ثلاثة : حالة مطلقة وهى حالة الرضا ، وحالة مذاكرة الطلاق ، وحالة الغضب . والكنايات ثلاثة أقسام : ما يصلح جوابا وردا ، وما يصلح جوابا لاردا ، وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة . ففى حالة الرضا لايكون شىء منها طلاقا إلا بالنية ، فالقول قوله فى إنكار النية لما قلنا ، وفى حالة مذاكرة الطلاق لايصدق فيما يصلح جوابا ، ولا يصلح ردا فى القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدى أمرك بيدك اختارى ، لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق . ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اذهبى اخرجى قومى تقنعى تخمرى

كفخر الإسلام وغيره (قالوا وهذا) أى كونه لايصدق إذا ادعى نية غير الطلاق بعد سؤال الطلاق إنما هو (فيما لايصلح ردا) أما مايصلح له فيصدق إذا ادعى الرد . ثم استأنف تقسيما ضابطا فقال : الأحوال هنا ثلاثة : حالة مطلقة وفسرها بحالة الرضا . وحالة مذاكرة الطلاق وهى ماقدمنا . وحالة الغضب . والكنايات ثلاثة أقسام : ما يصلح جوابا لطلبها الطلاق : أى التطليق ويصلح ردا له . وما يصلح جوابا ولا يصلح ردا له . وما يصلح جوابا وشتما . ففى حالة الرضا يصدق فى الكل إذا قال لم أرد الطلاق لأنه لاظاهر يكذبه ، وفى حالة المذاكرة للطلاق لايصدق فيما يصلح جوابا لاردا كخلية برية بائن بتة بتلة حرام اعتدى استبرى اختارى أمرك بيدك . ويصدق فيما يصلح له وللرد مثل اخرجى اذهبى افلحى ، تقول العرب افلح عنى : أى اذهب عنى . و غربى قومى تقنعى . ومرادفها كاستترى وتخمرى ، ومعنى الرد فى هذه : أى اشتغلى بالتقنع الذى هو أنفع لك من القناع وكذا أخواه . ويجوز فيه بخصوصه كونه من القناعة وفى حال الغضب يصدق فيما يصلح جوابا وردا ، وما يصلح جوابا وشتيمة لا ردا كخلية برية بتة بتلة حرام وما يجرى مجراه ، إذ يحتمل خلية من الخير برية منه بتة بتلة : أى مقطوعة عنه . ولا يصدق فيما يصلح للطلاق دون الرد والشتم كاعتدى اختارى أمرك بيدك استبرى . وعرف مما قدمنا أن اختارى أمرك بيدك لايقع بهما الطلاق إلا بإيقاعها بعده ، وإنما هما كنايتان عن التفويض حتى لايدخل الأمر فى يدها إلا بالنية . واعلم أن حقيقة التقسيم فى الأحوال قسمان : حالة الرضا ، وحالة الغضب . وأما حالة المذاكرة فتصدق مع كل منهما ، بل لايتصور سؤالها الطلاق إلا فى إحدى الحالتين لأنهما ضدان لاواسطة بينهما ، فتحرير التقرير أن

(فيما لايصلح ردا) فلابد من بيان ، وبين بقوله (والجملة فى ذلك أن الأحوال ثلاثة : حالة مطلقة وهى حالة الرضا ، وحالة مذاكرة الطلاق) بأن تسأله عن ذلك (وحالة غضب الزوج . والكنايات على ثلاثة أقسام : مايصلح جوابا وردا) وهو سبعة : اخرجى اذهبى اعزبى قومى تقنعى استترى تخمرى ، أما صلاحية هذه الألفاظ للرد فأن يريد الزوج بقوله اخرجى اتركى سؤال الطلاق وكذلك اذهبى واعزبى وقومى . وأما تقنعى فمن القناعة . وقيل من القناع وهو الخمار ؛ ومعنى الرد فيه هو أن ينوى واقنعى بما رزقك الله منى من أمر المعيشة واتركى سؤال الطلاق واشتغلى بالتقنع الذى هو أهم لك من سؤال الطلاق ، وكذا قوله استترى وتخمرى لأنهما من الستر والخمار (وما يصلح جوابا لاردا) ثمانية ألفاظ : خلية برية بائن بتة حرام اعتدى أمرك بيدك اختارى ، والخمسة الأولى تصلح للسب والشتيمة أيضا . إذا عرف هذا ففى حالة الرضا لايكون شىء منها طلاقا إلا بالنية لما قلنا إن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلابد من النية بتعيين أحد المحتملين ، والقول قوله فى إنكار النية مع يمينه وفى حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق قضاء فى قوله لم أنو الطلاق فيما يصلح جوابا ولايصلح ردا وهو الألفاظ الثمانية المذكورة لأن الظاهر

وما يجرى هذا المجرى لأنه يحتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه.وفى حالة الغضب يصدق فى جميع ذلك لاحتمال الرد والسب ، إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدى واختارى وأمرك بيدك فإنه لايصدق فيها لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق . وعن أبى يوسف فى قوله : لا ملك لى عليك ولا سبيل لى عليك وخليت سبيلك وفارقتك ، أنه يصدق فى حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ،

فى حالة الرضا المجرد عن سؤال الطلاق يصدق فى الكل أنه لم يرد الطلاق ، وفى حالة الرضا المسئول فيها طلاق يصدق فيما يصلح ردا أنه لم يرده ، وفى حالة الغضب المجرد عن سؤال الطلاق يصدق فيما يصلح سبا أو ردا أنه لم يرد به إلا السب أو الرد ، ولا يصدق فيما يصلح جوابا فقط ، وفى حالة الغضب المسئول فيها الطلاق يجتمع فى عدم تصديقه فى المتمحض جوابا سببان : المذاكرة والغضب ، وكذا فى قبول قوله فيما يصلح ردا لأن كلا من المذاكرة والغضب يستقل بإثبات قبول قوله فى دعوى عدم إرادة الطلاق . وفيما يصلح للسب ينفرد الغضب بإثباته فلا تتغير الأحكام ، وحينئذ فالأولى أن تعرف الحال المطلقة بالمطلقة عن قيد الغضب والمذاكرة (قوله وعن أبى يوسف الخ) ألحق أبو يوسف بالتى تحتمل السب ألفاظا أخرى وهى : لاملك لى عليك لاسبيل لى عليك خليت سبيلك فارقتك ، فهذه أربعة ألفاظ ذكرها الولوالجى ، وذكرها العتابى خمسة : لاسبيل لاملك خليت سبيلك الحقى بأهلك حبلك على غاربك . وفى الإيضاح وشرح الجامع الصغير لشمس الأئمة ذكر خمسة هى هذه ، إلا أنه ذكر مكان حبلك على غاربك فارقتك فتم ستة ألفاظ . ووجه احتمالها السب أن لاملك لى : يعنى أنت أقل من أن تنسبى إلى بالملك ولاسبيل لى عليك لزيادة شرك وخليت سبيلك وفارقتك والحقى بأهلك وحبلك على غاربك : أى أنت مسيئة لا يشتغل أحد بتأديبك إذ لا طاقة لأحد بممارستك . وفى رواية بجامع فخر الإسلام والفوائد الظهيرية أن أبا يوسف ألحقها بالثلاث التى لايدين فيها فى الغضب كما لايدين فى المذاكرة ، وهى اعتدى اختارى أمرك بيدك . وفى شرح مختصر الكرخى قال أبو حنيفة : لاسبيل لى عليك تقنعى استترى اخرجى اذهبى قومى تزوجى لانكاح لى عليك يدين فى الغضب لأن هذه الألفاظ تذكر للإبعاد ، وحالة الغضب يبعد الإنسان عن الزوجة فيه ، وكذا فى حال ذكر الطلاق ، وهذا لأن لاسبيل لى عليك يحتمل على طلاقك وهو يذكر للامتناع عن الطلاق وانطلقى وانتقلى كالحقى ولا رواية فى أعرتك طلاقك ظاهرة . وعن أبى يوسف يقع خلافا لمحمد ، وفى النوازل عن أبى حنيفة يصير الطلاق فى يدها لأنه ملكها منافع الطلاق ومنفعة الطلاق التطليق إن شاءت كما كان للزوج ، ولو قال طلاقك على لا يقع أصلا ، وروى الحسن عن أبى حنيفة : لو قال وهبتك لأبيك أو لابنك أو للأزواج فهو طلاق لأن المرأة ترد على هؤلاء بالطلاق عادة ، ولو قال لأختك أو خالتك أو عمتك أو لفلان الأجنبى ونحوه لم يكن طلاقا وإن نوى لأنها لاترد بالطلاق عليهم ، ولو زاد على اذهبى فقال اذهبى فبيعى ثوبك لايقع عند أبى يوسف خلافا لزفر لأن

أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ، والحاكم إنما يستتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جوابا وردا وهو الألفاظ السبعة المتقدمة . وقوله (وما يجرى هذا المجرى) يريد به مثل اغربى واستترى لأنه احتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه ، وفى حالة الغضب يصدق فى جميع ذلك : يعنى أقسام الكنايات لاحتمال الرد أو السب إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم . وهو ثلاثة ألفاظ : اعتدى واختارى وأمرك بيدك ، فإنه لايصدق فيها لأن الغضب يدل

(قال المصنف : وأمرك بيدك) أقول : لايخفى عليك أن قوله أمرك بيدك كناية عن التفويض فلا يناسب ذكره المقام ، ولقد وقع بسبب ذكره هنا خطأ عظيم من بعض المفتين فزعم أنه يقع به الطلاق وأفتى به وحرم حلالا : نعوذ بالله تعالى .

. . . .

اذهبي يعمل فيه نية الطلاق ويبقى الزائدمشورة فلا يتغير به حكم الطلاق . ولأبي يوسف أن معناه عادة لأجل البيع فكان صريحه خلاف المنوى . ومن الكنايات تنحي عنى . واختلف فى لم يبق بينى وبينك عمل ، قيل يقع إذا نوى وقيل لا ، ومثله لم يبق بينى وبينك شيء . وفى أربعة طرق عليك مفتوحة لايقع بالنية إلا أن يقول خذى أيها شئت ، ثم عن محمد فى رواية أسد يقع ثلاث ، وقال ابن سلام : أخاف أن يقع ثلاث لمعانى كلام الناس كأنه يريد أن مراد الناس بمثله اسلكى الطرق الأربعة وإلا فاللفظ إنما يعطى الأمر بسلوك أحدها . والأوجه أن يقع واحدة بائنة ،ومنها نجوت منى . وقال المتأخرون فى وهبتك طلاقك لايقع ، وقيل يقع ، ولا يقع فى أبحتك طلاقك وإن نوى أوصفحت عنه ولا بأحببت طلاقك أو رضيته أوهويته أو أردته وإن نوى ، وأما طال بلا قاف فأطلق بعضهم الوقوع به وفصل بعضهم فقال مع إسكان اللام يحتاج إلى النية ومع كسرها يقع بلا نية والوجه إطلاق التوقف على النية مطلقا لأنه بلا قاف ليس صريحا لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لغة جائز فى غير النداء فانتفى لغة وعرفا فيصدق قضاء مع اليمين ، هذا فى حالة الرضا وعدم مذاكرة الطلاق ، أما فى أحدهما فيقع قضاء أسكنها أو لا ، وفيه أيضا النظر المذكور لأنه إيقاع بلا لفظ له ولا لأعم منه ليكون كناية وليس بمجاز فيه ، وهذا البحث يوجب أن لايقع به أصلا وإن نوى ، ومثل هذا البحث يجرى فى التطليق بالتهجى كأنت ط ا ل.ق لأنه ليس طلاقا ولا كناية لأن موضوعها يحتمل أشياء ، وأوضاع هذه المسميات هى حروف ، ولذا لو قرأ آية السجدة تهجيا لايجب السجود لأنه ليس قرآنا ، ولا مخلص إلا بعدم اشتراط غلبة الاستعمال فى الصريح والاكتفاء فيه بكون اللفظ دالا عليه وضعا أوعرفا وحينئذ يقع بالتهجى فى القضاء ، ولو ادعى عدم النية ، وكذا بطال بلا قاف ، وفى قوله لآخر احمل إليها طلاقها أو أخبرها به أو بشرها تطلق فى الحال لأن الحمل لايتحقق قبل المحمول ، ومنها أنت علىّ كالميتة أو الخمر أولحم الخنزير يقع بالنية . وفى الكافى للشهيد : إذا قال لامرأته هذه عمتى أو خالتى أو محرم من الرضاع وثبت عليه بأن سئل عن ذلك فأصر عليه فرق بينهما ، ولو قال مزحت أو كذبت أووهمت أو نسيت صدق ولا يفرق استحسانا ..والقياس أن يفرق مطلقا ولا يصدق لأنه أقر بالتحريم . وجه الاستحسان أن هذا إيجاب تحريم فلا يقع إلا بالدوام عليه ، ولو قال هذه بنتى من نسب وثبت عليه ولها نسب معروف لم يفرق لأن الظاهر يكذبه ، وكذا فى هى أمى وله أم معروفة وإن لم يكن لها لها نسب معروف ومثلها يولد لمثله وثبت عليه فرق وكذا هى أختى . واختلف فى لست لى بامرأة وما أنا لك بزوج ونوى الطلاق يقع عند أبى حنيفة ، وقالا لا لأن نفى النكاح ليس طلاقا بل كذب فهو كقوله لم أتزوجك أو والله ما أنت لى امرأة ، أولو سئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق لايقع كذا هنا . وله أنها تحتمله : أى لست لى بامرأة لأنى طلقتك فيصح نفيه كما فى لانكاح بينى وبينك ومسئلة الحلف ممنوعة ، وبعد التسليم نقول بدلالة اليمين علم أنه أراد النفى عن الماضى لا فى الحال لأن الحلف يكون فيما يدخله الشك لا فى إنشاء النفى فى الحال. وقوله لم أتزوجك

على إرادة الطلاق . وعن أبى يوسف أنه إذا قال فى حالة الغضب لاملك لى عليك ولا سبيل لى عليك وخليت سبيلك وفارقتك وقال لم أنو الطلاق صدق لما فيها من احتمال معنى السب ، وهذه أربعة ألفاظ . وقيل خمسة ألفاظ خامسها الحق بأهلك ألحقها أبو يوسف بالخمسة المذكورة المحتملة للسبّ من حيث احتمالها السبّ ، فإن قوله لاملك لى عليك يحتمل أن يكون معناه لأنك أقل من أن تنسبى إلى ملكى أو أنسب إليك بالملك ولاسبيل لى عليك لسوء خلقك واجتماع أنواع الشرّ فيك وخليت سبيلك لقذارتك وفارقتك فى المضجع لذفرك وعدم نظافتك .

ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا .وقال الشافعي : يقع بها رجعي لأن الواقع بها طلاق .

جحود لايحتمل الإنشاء إذ الطلاق لايتصور بلا نكاح؟ وكذا بدلالة السؤال عرف أنه أراد النفي في الماضي. وفي فتاوى صاحب الناقع : إذا قالت لزوجها لست لي بزوج فقال صدقت ينوى طلاقها يقع عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وعلى هذا الخلاف إذا قال لست أو ما أنت امرأتي أو لست أو ما أنا زوجك عنده يقع بالنية وألغياه ، ويتصل بالكنايات الطلاق بالكتابة لو كتب طلاقا أو عتاقا على ما لا يستبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة الصماء لايقع نوى به أو لم ينو ، وكذا إذا كتب على لوح أو حائط أو أرض أو في كتاب إلا أنه لايستبين لايقع وإن نوى به الطلاق لأن مثل هذه الكتابة كصوت لايستبين منه حروف ، فلووقع وقع بمجرد النية . فإن كان مستبينا لكن لاعلى رسم الرسالة والخطاب فإنه ينوى فيه ، كالكلام المكنى لايقع إلا بالنية لأن الإنسان قد يكتب مثله للإيقاع وقد يكتب مثله لتجربة الخط ، فإن كان صحيحا يبين نيته بلسانه ، وإن كان أخرس يبين نيته بكتابته هذا إذا لم يكن خطابا أو رسالة ، فإن كان على رسم كتب الرسالة بأن كتب أما بعد يافلانة فأنت طالق أو أنت حر أو إذا وصل إليك كتابي فأنت طالق فإنه يقع به الطلاق والعتاق ، ولايصدق في عدم النية ، كما لوقال أنت طالق ثم قال نويت من وثاق لايصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر ، ثم يقع عقيب الكتابة إذا لم يعلقه مثل أن يكتب امرأته طالق أو فلانة . بخلاف ما إذا كتب إذا وصل إليك فإنه لايقع بدون الوصول إليها . وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وفيه إذا وصل إليك كتابي فأنت طالق ثم بدا له فمحا ذكر الطلاق منه وأنفذه وأسطره باقية وقع إذا وصل ، ولو محاه حتى لم يبق فيه كلام يكون رسالة لم يقع ، وإن وصل لعدم وجود الشرط وهو وصول الكتاب وعليه الأئمة الثلاثة ، وما وقع في تفصيل بعضهم من أنه إذا محا ماسوى كتابة الطلاق وأنفذه فوصل إليها لايقع فمبني على أن الرسالة المتضمنة لمجرد الطلاق لاتكون كتابا ، وفيه نظر . وما قيل من أنه لو محا أكثر ماقبله فأرسله لايقع أبعد من الأول إذ مقتضاه انتفاء الكتاب بانتفاء ذكر كثرة الحوائج وليس الأمر كذلك . ولو كتب الصحيح إلى امرأته بطلاقها ثم أنكر الكتاب وقامت عليه البينة أنه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء ؛ أما فيما بينه وبين الله تعالى إن كان لم ينو به الطلاق فهي امرأته ، ولوكتب إليها أما بعد أنت طالق إن شاء الله تعالى ؛ إن كان موصولا بكتابته لاتطلق ، وإن كتب الطلاق ثم فتر فترة ثم كتب إن شاء الله يقع الطلاق لأن المكتوب إلى الغائب كالملفوظ ، كذا في الفتاوى الكبرى للخاصي والخلاصة . وفيها معزوا إلى المنتقى : إذا كتب كتاب الطلاق ثم نسخه في كتاب آخر أو أمر غيره حين كتب ولم يمل هو فأتاها الكتابان طلقت تطليقتين قضاء ، وفيما بينه وبين الله تعالى تقع واحدة انتهى . وعلى هذا لو وصل أحدهما تقع واحدة قضاء وديانة ، ولا يخفى أن هذا فيما إذا كان الطلاق معلقا بوصول الكتاب ؛ وأما إذا لم يكن معلقا فلا إشكال في أنه يقع ثنتان قضاء لاديانة إلا أن ينوى به طلاقا آخر ، وكل ما ذكرناه ثابت في حق الأخرس نحوه إن كان يكتب ، وإنما يعرف ذلك منه بأن يسأل بكتاب فيجيب بكتابة بالنية ، فإن كان لايكتب وله إشارة معلومة يعرف بها طلاقه ونكاحه وبيعه فهي كالكلام في حقه ، وإن لم يعرف منه ذلك أوشككنا فيه فهو باطل وهذا استحسان . والقياس في جميع ذلك أنه باطل لأنه لايتكلم ، وقد ذكر المصنف أحكام الأخرس في هذه في آخر الكتاب (قوله ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا . وقال الشافعي : يقع بها رجعي لأن الواقع بها طلاق) والطلاق بلا مال يعقب الرجعة

والحق بأهلك لأنك أوحش من أن تكوني خليلتي . قال (ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا) وهو مذهب عامة الصحابة (وقال الشافعي يقع بها رجعي) وهو مذهب عمر وابن مسعود (لأن الواقع بها طلاق)

لأنها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص به العدد ، والطلاق معقب للرجعة كالصريح . ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافا إلى محله عن ولاية شرعية ، ولا خفاء فى الأهلية والمحلية ،والدلالة على الولاية أن الحاجة ماسة إلى إثباتها كى لاينسد عليه باب التدارك ولا يقع فى عهدتها بالمراجعة من غير قصد ،

بالنص ، ولا حاجة إلى إثبات الأول بأنها كنايات عنه حتى أريد هو بها ليدفع بأن كونها كنايات مجاز بل عوامل بحقائقها كما سنذكر بل يكتفى بالاتفاق على أن الواقع طلاق والثانى بالنص . فإن قيل : النص إنما أفاد الرجعة بالطلاق الصريح منعناه لأن قوله تعالى ـ الطلاق مرتان ـ المعقب بقوله ـ وبعولتهن أحق بردهن ـ أعم من الطلاق الصريح وغيره لأن النسبة إلى معنى اللفظ لا إلى اللفظ ، غير أنه خص منه الطلاق على مال بالنص المقارن لها أعنى نص الافتداء لما عرف من أن الافتداء لايتحقق إلا بالبينونة وإلا يذهب مالها ولا يفيد . والحاصل أن الكتاب يفيد أن الطلاق يعقب الرجعة إلا ماكان على مال أو ثلاثا . واستدل المصنف بقوله ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافا إلى محله عن ولاية شرعية . ولما استشعر منع ثبوت الولاية شرعا أثبتها بقوله الحاجة ماسة إلى إثبات الإبانة كى لاينسد عليه باب التدارك ولا يقع فى عهدتها بالمراجعة من غير قصد فقرر بأن المشروعات لدفع حاجة العباد والزوج قد يحتاج إلى الإبانة بهذه الصفة فتكون هذه الولاية ثابتة دفعا لحاجته. لأنه لو أبانها بالثلاث عصى ، ولو طلقها رجعيا ربما تتراءى له مصلحة فى الرجعة فيراجعها فيبدو له فيطلقها ثانيا وثالثا فيؤدى إلى استيفاء العدد وهو حرام وفيه ينسد باب التدارك ، فشرع له الإبانة على وجه يمكنه التدارك لبقاء المحلية حتى لو بدا له أمكنه التزوج ولايخفى بعده عن اللفظ . والأوجه فى هذه العبارة هكذا قد يحتاج إلى الإبانة والثلاث بكلمة حرام وتفريقها على ما ذكر كذلك فلزم أن تشرع له الإبانة على هذه الصفة يعنى شرع الواحدة البائنة . والأقرب إلى اللفظ ماقيل إنه قد يحتاج إلى الإبانة كى لا يقع فى الرجعة بغير قصد منه بأن تفجأه المرأة

واحد (لأنها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية) والكنايات عن الطلاق طلاق ولهذا ينتقص به العدد (والطلاق يعقب الرجعة كالصريح)فإنه إنما يكون معقبا للرجعة لكونه طلاقا (ولنا أن تصرف الإبانة صدر عن أهله مضافا إلى محله عن ولاية شرعية) وكل ماصدر من أهله كذلك كان صحيحا لا محالة . أما الأهلية فلا خفاء فيه لأن الكلام فى الأهل ، وأما المحلية فثابتة ولهذا كانت المرأة محلا للبينونة الغليظة بالاتفاق. وأما الولاية الشرعية فلأن الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعا وهو مساس الحاجة إلى إثباتها دال على ولاية الإبانة بوجهين ذكرهما المصنف : أحدهما قوله (كى لاينسد باب التدارك) والثانى قوله(ولا يقع فى عهدتها بالمراجعة من غير قصد) وقوله (باب التدارك) أى تدارك دفع المرأة عن نفسه لأنه لو لم يقع البينونة عند نيته عسى توقع المرأة عليه نفسها وقبلته بشهوة فثبتت الرجعة والزوج يريد فراقها ، كذا فى النهاية ، وفى هذا كما ترى جعل الوجهين وجها واحدا لأنه بعينه تفسير الوجه الثانى ، فإن جعلت الثانى تفسيرا للأول بالعطف فسد النكتة جملة لأن وقوع المراجعة من غير قصد لايستقيم على مذهبه ، وإذا فسد التفسير فسد المفسر . والأولى أن يفسر قوله كى لاينسد باب التدارك بأن الرجل

(قال المصنف : ولنا أن تصرف الإبانة الخ) أقول : ولابد فى هذا المقام من المراجعة إلى ماذكره العلامة ابن الهمام لينجلى عليك غياهب الأوهام (قوله وأما المحلية فثابتة) أقول : كما فى الخلع والطلاق على مال بالاتفاق (قوله دال على ولاية الإبانة بوجهين الخ) أقول : وأنت خبير أنه لايستقل واحد من ذينك الوجهين بإثبات المطلوب ، فالوجه عدهما وجها واحدا كما لايخفى (قوله فسد النكتة جملة لأن وقوع المراجعة من غير قصد لايستقيم على مذهبه الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه لاحاجة إلى جعل الكلام إلزاميا ، ولو صح ما ذكره يلزم فساد النكتة لامحالة

. . . .

فتقبله بشهوة فيصير مراجعا وهو لايريدها فيحتاج إلى طلاق ثان وثالث فينسد باب التدارك ، فهو لأجل ذلك محتاج إلى أن تشرع له الإبانة كذلك كى لاتفوت هذه المصلحة . ودفع بأن هذه مصلحة وتبوت التمكن من إعادتها إذا ظهر له من نفسه طلبها وتغير رأيه مع أن الإنسان محل التغير مصلحة أخرى أكيدة ، إذ كثيرا مايقع ذلك بل وقوعه بالمشاهدة أكثر من وقوع طلاق لم تدع النفس بعده إلى مراجعة ، ومع الإبانة لما أن تمتنع فيحصل له ضرر شديد ، وهذه لاتترتب إلا على عدم الإبانة فاقتضت عدم شرعيتها ، بخلاف تلك إذ يمكن تحصيلها مع عدم شرعية الإبانة بيسير من الاحتراس من فجأتها مقبلة ونحوه ، فكان اعتبار منع الإبانة أجلب للمصلحة من غير تفويت المصلحة الأخرى ، فإن أردت تخصيص نص إعقاب الطلاق الرجعة بالقياس بعد تخصيصه بالافتداء نصا لأن التخصيص بالقياس بعد التخصيص بالنص جائز لم يتم المعنى فيه ولم يلزم ، لأن حاجته إلى الخلاص بالإبانة ليس كحاجة المرأة لتمكنه من الإبانة على وجه لايعقب الندم لتركها بعد الرجعة حتى تنقضى العدة أو تفريق الثلاث على الأطهار بخلافها فلم يتوقف دفع حاجته على شرعية الواحدة البائنة ولذا رجحنا كراهة الواحدة البائنة فى أوائل كتاب الطلاق بعد ماحققنا سبب تحقق الحاجة إلى الإبانة من الفطام . هذا ولا يخفى أن المعنيين أعنى عدم انسداد باب التدارك وباب الرجعة إذا تغير رأيه من باب دفع المفسدة لا جلب المصلحة . والوجه فى الاستدلال أن يقال: لما أثبت الشرع الإيقاع بهذه الألفاظ فقد أثبت الإبانة لأنها معناها ، وقوله ـ الطلاق مرتان ـ أى المسنون للاتفاق على صحة وقوع الثلاثة بمرة واحدة خصوصا عنده فإنه غير مكروه وأيضا لفظ بائن مثلا يقع به البينونة الغليظة بفم واحد فتقع به الخفيفة كالطلاق لما وقع بالغليظة وقع به الخفيفة . وأيضا خص منه الطلاق بمال فلم يبق العموم منه مرادا فحاصله الطلاق المسنون بلا مال يعقب الرجعة فقد أخرج منه ذلك ، وحين ثبت شرع الإيقاع بلفظ بائنة ثبت أيضا إخراج الواحدة البائنة بلا مال لأن شرع الإيقاع به هو جعل اللفظ سببا لوجوب معناه ومعناه البينونة ، والدلالة على إيقاع الثلاث شرعا به تحليفه صلى الله عليه وسلم أبا ركانة حين طلقها البتة أنه ما أراد إلا واحدة ، وشرح قوله وليست كنايات على التحقيق لأنها عوامل فى حقائقها : يعنى لاتردد فى المراد للقطع بأن معنى بائن الحقيقى الذى هو ضد الاتصال مراد . وكذا البت والبتل : القطع ، والتردد إنما هو فى متعلقها : أعنى الوصلة وهى أعم من وصلة النكاح والخيرات والشر ، فإذا تعين بالنية عمل

قد يكون نافرا عن المرأة جدا بسبب من الأسباب فيريد فراقها على وجه لايحل له الرجوع ثم يبدو له ، فلو لم يوجد الواحد البائن لطلقها ثلاثا ولا يرضى بالاستحلال فينسد عليه باب التدارك ، وأما إذا وجد ذلك فيتدارك بتجديد النكاح ، وأما الوجه الثانى فتفسيره ماذكره صاحب النهاية . ولقائل أن يقول هذا الدليل يدل على أن تصرف الإبانة قد صدر من أهله الخ فيكون صحيحا ، والمدعى أن هذا التصرف تصرف إبانة فلا بد من إثباته ليصح أن يقال تصرف الإبانة صدر من أهله . والجواب أن هذا الدليل يدل على أن الإبانة التى يمكن بها التدارك ولايقع فى عهدتها بالمراجعة من غير قصد محتاج إليها لابد منها ، وهو لايمكن أن تكون البينونة الغليظة لانسداد باب التدارك بها

إذ لزوم المطلوب من المجموع فتأمل (قوله ولقائل أن يقول هذا الدليل يدل على أن تصرف الإبانة ، إلى قوله : فلا بد من إثباته الخ)

وليست كنايات على التحقيق لأنها عوامل فى حقائقها، والشرط تعيين أحد نوعى البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة ، وإنما تصح نية الثلاث فيها لتنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة ،

بحقيقته ، وكذا معنى الحرام والخلية والبرية معلوم والتردد فى كونه بالنسبة إليه أو إلى غيره من الرجال ، فإذا عين المراد بالنية عمل اللفظ بوضعه ، وإنما أطلق عليه كناية مجازا للتردد فى ذلك المتعلق الذى به يتعين الفرد المستعمل فيه اللفظ . والوجه أن إطلاق اسم الكناية حقيقة لأن الكناية لاتساوى المجاز بل قد تكون حقيقة لأنها بتعدد المعنى وقد تكون حقيقة فيها ، وقد حقق فى نحو : طويل النجاد وكثير الرماد أن المراد حقيقة طول النجاد وكثرة الرماد ، لكن لايقتصر عليه بل ليعبر منه إلى طول القامة وكثرة الأضياف ، فالوجه أن يقال كونها كناية لايستلزم كونها مجازا عن الطلاق . وتحقيقه أنه مشترك معنوى من قبيل المشكك ، فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع مايتعلق به والمتعلق بالخير والشر كذلك ، فإذا لم يذكر متعلقه احتمل كما يحتمل رجل كلا من زيد وعمرو وغيرهما . والوجه أن يقول إنها عوامل بحقائقها أو بحقيقة ما استعملت فيه ، وهذا لأن نحو حبلك على غاربك مجاز عن التخلية والترك وهو بالبينونة ، وكذا وهبتك لأهلك لتعذر حقيقة الهبة : أعنى التمليك فهو مجاز عن رددتك على ماقدمناه . وقياس الباقى سهل . وبهذا ظهر أنه لايراد بها الطلاق بل البينونة لأنها هى معنى اللفظ الدائر فى الإفراد وهى متنوعة إلى غليظة وهى المترتبة على الثلاث . وخفيفة كالمترتبة على الخلع فأيهما أراد صح . ويثبت مايثبت بلفظ طالق على مال وطالق ثلاثا . وحاصله أن ما يثبت عند طالق شرعا لازم أعم يثبت عنده وعند هذه الألفاظ

فتعين أن تكون البينونة الخفيفة بطلقة واحدة . وقوله (وليست كنايات على التحقيق) جواب عن قوله لأنها كنايات عن الطلاق . وتقريره أن الكناية عن الطلاق الصريح إنما تكون كالصريح فى العمل أن لو كانت حقيقة ، وليست كذلك لأنها عوامل فى حقائقها (وقوله والشرط تعيين أحد نوعى البينونة) جواب عن قوله ولهذا يشترط النية . وتقريره أن اشتراط النية لو كان لأجل الطلاق كان دليلا على ماذكرتم ، وليس كذلك بل هو لتعيين أحد نوعى البينونة الغليظة والخفيفة لا للطلاق ، يعنى النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المجرد . وقوله (وانتقاص العدد) جواب عن قوله وينتقص به العدد . وتقريره أن الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ماهو كذلك ينتقص به العدد ، وتحقيقه أنه لا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص من حيث كونه طلاقا بائنا. وقوله (وإنما تصح نية الثلاث) جواب عما يقال لو كانت عوامل فى حقائقها لما صح نية الثلاث فى قوله أنت بائن مثلا كما لاتصح فى قوله أنت طالق لأنه عامل بنفسه ، وتقريره صحة نية الثلاث لم تكن من حيث أنه عامل فى حقيقته

أقول : فيه بحث ، إذ يعلم ذلك من قوله وليست كنايات الخ (قوله وتقريره أن الكناية عن الطلاق) أقول : قيل بل تقريره لانسلم أنها كنايات عن الطلاق حقيقة فإنها عوامل فى حقائقها فإطلاق الكناية عليها مجاز . وفى ظاهر تقرير الشارح قبول كونه كناية عن الطلاق الصريح وفيه مافيه ، ويجوز أن يجاب عما ذكر لافساد فى ذلك ، فإن الأمر كذلك لكنه مجاز على ماينادى عليه كلامه (قوله وتقريره أن اشتراط النية لو كان لأجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس كذلك ، بل هو لتعيين أحد نوعى البينونة الغليظة والخفيفة الخ) أقول : فيه بحث ، فإن المستفاد من كلامه ان البينونة النكاحية تحصل لامحالة بحقيقة كلامه والتردد فى الغليظة والخفيفة وليس كذلك ، ولو صح لحصلت البينونة الخفيفة فى حالة الرضا بلانية لأنها الأدنى المتيقن بل مراد المصنف من أحد نوعى البينونة عن وصلة النكاح فالنوع الآخر البينونة عن غيرها فليتأمل (قوله كما لاتصح فى قوله أنت طالق لأنه عامل بنفسه) أقول : فيه أن عدم صحة النية ليس لكونه عاملا بنفسه بل لعدم قابلية الطلاق الذى هو صفة

وعند انعدام النية يثبت الأدنى ، ولا تصح نية الاثنتين عندنا خلافا لزفر لأنه عدد وقد بيناه من قبل (وإن قال لها اعتدى اعتدى اعتدى وقال نويت بالأولى طلاقا وبالباقى حيضا دين فى القضاء) لأنه نوى حقيقة كلامه ، ولأنه يأمر امرأته فى العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له (وإن قال لم أنو بالباقى شيئا فهى ثلاث) لأنه لما نوى بالأولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق فى نفى النية ، بخلاف ما إذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لايقع شيء لأنه لاظاهر يكذبه ؛ وبخلاف ما إذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الأوليين حيث لايقع إلا واحدة لأن الحال عند الأوليين لم تكن حال مذاكرة الطلاق .

والخلع ، فقولنا يقع به الطلاق حينئذ معناه يقع لازم لفظ الطلاق شرعا ، وانتقاص عدده هو بتعدد وقوع ذلك اللازم واستكماله فى ذلك وبإرسال لفظ الثلاث ، بل معنى وقع الطلاق وقع اللازم الشرعى لأنه هو معنى لفظ الطلاق على ما يفيده ما أسلفناه فى فاتحة كتاب الطلاق فارجع إليها ، فالواقع بالكناية هو الطلاق بلا تأويل . وتقرير المصنف أن الواقع البينونة بالكنايات ثم ينتقص العدد بناء على زوال الوصلة . وهذا جواب عن قول الشافعى وينتقص به وهو بناء على أنه غيره ، وأنت تعلم أنه لايلزم من زوال وصلة النكاح وقوع الطلاق لتحقق زوالها فى الفسوخ مع عدم الطلاق . والجواب أن زوال الوصلة لابد أن يستعقب فى غير الفسخ النقصان ، والاتفاق على أن الثابت بالكناية ليس فسخا فلزمه نقصان العدد (قوله ولا تصح نية الثنتين) أى بالكنايات عندنا خلافا لزفر ، وقد بيناه من قبل فى باب إيقاع الطلاق فى التطليق بالمصدر (قوله ولو قال لها اعتدى اعتدى اعتدى) هذه المسئلة تحتمل وجوها : أن ينوى بكل من هذه الألفاظ طلاقا ، أو بالأولى طلاقا لاغير ؛ أو بالأولى حيضا لاغير ، وبالأوليين طلاقا لاغير ، أو بالأولى والثالثة طلاقا لاغير ، أو بالثانية والثالثة طلاقا وبالأولى حيضا . وفى هذه الوجوه الستة تطلق ثلاثا . أو ينوى بالثانية طلاقا لاغير ، أو بالأولى طلاقا وبالثانية حيضا لاغير ، أو بالأولى طلاقا وبالثالثة حيضا لاغير ، أو بالأخريين طلاقا لاغير ، أو بالأوليين حيضا لاغير ، أو بالأولى والثالثة حيضا لاغير ، أو بالأولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا ، أو بالأولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا ، أو بالأولى

بل من حيث تنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة ، وعند انعدام النية يثبت الأدنى وهو الواحد البائن (ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لأنه عدد وقد بيناه من قبل) يعنى فى أوائل باب إيقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنسا الخ . وقوله (وإن قال لها اعتدى اعتدى اعتدى) وقال نويت بالأولى طلاقا وبالثانية حيضا دين فى القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه هذه المسئلة تحتمل وجوها هذا تفصيلها : نوى بالجميع طلاقا وقعت ثلاث . نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة . لم ينو شيئا لم يقع شيء . نوى بالأولى طلاقا لاغير وقع ثلاث نوى بالثانية طلاقا لاغير وقعت واحدة . نوى بالأولى حيضا لاغير وقعت ثلاث . نوى بالثانية حيضا لاغير وقعت ثنتان . نوى بالثالثة حيضا لاغير وقعت واحدة . نوى بالأولى طلاقا وبالثانية حيضا لاغير وقعت ثنتان . نوى بالأولى طلاقا وبالثالثة حيضا لاغير وقعت ثنتان . نوى بالثانية طلاقا و بالثالثة حيضا لاغير وقعت واحدة . نوى بالأوليين

المرأة كذلك كما سبق (قال المصنف : حال مذاكرة الطلاق) أقول : قد ظهر بما ذكر أن حالة مذاكرة الطلاق لايقتصر على السؤال ، وهو خلاف ماقدموه من أنها حال سؤالها أو سؤال الأجنبى طلاقها بل هى أعم من حالة السؤال الطلاق ومن مجرد ابتداء الإيقاع (قال المصنف : فتعين الباقيان) أقول : من قبيل إطلاق الجمع على المثنى .

وفى كل موضع يصدق الزوج على نفى النية إنما يصدق مع اليمين لأنه أمين فى الإخبار عما فى ضميره والقول قول الأمين مع اليمين .

والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا أو بالأولى والثالثة حيضا والثانية طلاقا أو بالثانية حيضا لاغير وفى هذه الأحد عشر تطلق ثنتين أو ينوى بكل منها حيضا ، أو بالثالثة طلاقا لاغير أو بالثالثة حيضا لاغير . أو بالثانية طلاقا ، أو بالثالثة حيضا لاغير ، أو بالثانية والثالثة حيضا ، وبالأولى طلاقا أوبالأخريين حيضا لاغير، وفى هذه الوجوه الستة تطلق واحدة ، أو لم ينو بكل منها شيئا فلا يقع فى هذا الوجه شيء . والأصل أنه إذا نوى الطلاق بواحدة تثبت حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق فى عدم نية شيء بما بعدها ، ويصدق فى نية الحيض لظهور الأمر باعتداد الحيض عقيب الطلاق ، وإذا لم ينو الطلاق بشيء صح ، وكذا كل ما قبل المنوىّ بها ، ونية الحيض بواحدة غير مسبوقة بواحدة منوىّ بها الطلاق يقع بها الطلاق ، وتثبت بها حالة المذاكرة فيجرى فيها الحكم المذكور لها . بخلاف ما إذا كانت مسبوقة بواحدة أريد بها الطلاق حيث لايقع بها الطلقة الثانية لصحة الاعتداد بعد الطلاق . ولا يخفى التخريج بعد هذا ، وأن هذا فيما إذا كان الخطاب مع من هى من ذوات الحيض . فلو كانت آيسة أو صغيرة فقال أردت بالأوّل طلاقا وبالباقى تربصا بالأشهر كان حكمه مثل ما نحن فيه ، ولو قال نويت بهنّ واحدة فهو كما قال ديانة لاحتمال قصد التأكيد كأنت طالق طالق طالق لا قضاء لأنه خلاف الظاهر . وعلمت أن المرأة كالقاضى لايحل لها أن تمكنه من نفسها إذا علمت منه ما ظاهره خلاف مدعاه . وقد ظهر مما ذكر أن حال مذاكرة الطلاق لاتقتصر على السؤال وهو خلاف ماقدموه من أنها حال سؤالها أو سؤال أجنبى طلاقها . بل هى أعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الإيقاع ، ثم على هذا لقائل أن يقول : المذاكرة التى تصير الكناية معها ظاهرة فى الإيقاع إنما هى سؤال الطلاق لأن ذكر الكناية الصالحة للإيقاع دون الرد عقيب سؤال الطلاق ظاهر فى قصد الإيقاع به فيمتنع قبول دعواه عدم إرادة الطلاق ، بخلاف المذاكرة بمعنى الابتداء بإيقاع الطلاق مرة ، فإن الإيقاع مرة لايوجب ظهور الإيقاع مرة ثانية وثالثة فلا يكون اللفظ الصالح له ظاهرا فى الإيقاع حتى لايقبل قوله فى عدم إرادته بالكناية (قوله وفى كل موضع يصدق الزوج فى نفى النية إنما يصدق مع اليمين الخ) قدمنا بيانه ونقله من الكافى للحاكم ولزوم اليمين لما فيه من الإلزام على الغير بعد ثبوت احتمال نفيه بالكناية فيضعف مجرد نفيه فيقوى باليمين ، والأقرب أنه لنفى التهمة أصله حديث تحليف ركانة المتقدم .

[فروع] طلقها واحدة ثم قال جعلتها بائنة صارت بائنة ، وقال محمد : لاتكون إلا رجعية . ولو قال جعلتها

طلاقا لاغير وقعت ثلاث . نوى بالأخريين طلاقا غير وقعت ثنتان . نوى بالأوليين حيضا لاغير وقعت ثنتان . نوى بالأخريين حيضا لاغير وقعت واحدة . نوى بالأولى والثالثة طلاقا لاغير وقعت ثلاث . نوى بالأولى والثالثة حيضا لاغير وقعت ثنتان . نوى بالأولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان . نوى بالأولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا وقعت ثنتان . نوى بالثانية والثالثة طلاقا وبالأولى حيضا وقعت ثلاث . نوى بالأولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا وقعت ثنتان . نوى بالأولى والثالثة حيضا وبالثانية طلاقا وقعت ثنتان . نوى بالثانية والثالثة حيضا وبالأولى طلاقا وقعت واحدة . وبناء هذه الوجوه على الاقتضاء وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى أن النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك ، والله الموفق (وفى كل موضع يصدق الزوج على نفى النية إنما يصدق مع اليمين لأنه أمين فى الإخبار عما فى ضميره ، والقول قول الأمين مع اليمين) والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

. . . .

ثلاثا صارت ثلاثا عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : لاتكون إلا واحدة لأن الواحدة لاتكون ثلاثا . ولمحمد فى الأول أن جعله الواحدة الرجعية بائنة تغيير للمشروع فيرد عليه . قلنا : يملك البائن لما ذكرناه قريبا ، لكنه لم ينص على وصف ابتداء اكتفاء بأصل الطلاق فكان رجعيا باعتبار عدم حصول البينونة ، فإذا أبانها التحقت بأصل الطلاق كما لو فعلها ابتداء كالوكيل بالبيع لما ملك البيع النافذ كان مالكا لأصله ووصفه وملك إلحاق وصفه بأصله كتنفيذ عقد الفضولى . واعلم أن الصريح يلحق الصريح والبائن عندنا ، والبائن يلحق الصريح لا البائن إلا إذا كان معلقا . فلو قال لها بعد الخلع أنت طالق يقع الطلاق عندنا خلافا للشافعى ، ولو قال بائن لم يقع اتفاقا ، ولو قال إن دخلت فأنت بائن ينوى الطلاق ثم أبانها فدخلت فى العدة وقع عليها طلاق آخر عندنا خلافا لزفر . أما كون الصريح يلحق البائن فلقوله تعالى ـ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ يعنى الخلع ، ثم قال تعالى ـ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ـ والفاء للتعقيب فهو نص على وقوع الثالثة بعد الخلع . وعن أبى سعيد الخدرى عنه صلى الله عليه وسلم « المختلعة يلحقها صريح الطلاق مادامت فى العدة » وهنا القيد الحكمى باق لبقاء أحكام النكاح ، وإنما فات الاستمتاع وهو لايمنع التصرف فى المحل كالحيض ، ولهذا لحق البائن الصريح بل أولى لبقاء الاستمتاع ، وأما عدم لحوق البائن البائن فلإمكان جعله خبرا عن الأول وهو صادق فيه فلا حاجة إلى جعله إنشاء لأنه اقتضاء ضرورى ؛ حتى لو قال عنيت به البينونة الغليظة ينبغى أن يعتبر وتثبت الحرمة الغليظة لأنها ليست ثابتة فى المحل فلا يمكن جعله إخبارا عن أنها ثابتة فتجعل إنشاء ضرورة ، ولهذا وقع البائن المعلق قبل تنجيز البينونة كما مثلناه لأنه صح تعليقه ولم يمكن جعله خبرا حين صدر . وأورد عليه أن مثله لازم فى أنت طالق أنت طالق فلزم أن لايلحق الصريح . أجيب بأنه لا احتمال فيه لأن أنت طالق متعين للإنشاء شرعا . ولو قال أردت به الإخبار لايصدق قضاء . وفى مسئلتنا لم يذكر أنت بائن ثانيا ليجعل خبرا بل الذى وقع أثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهو محل فيقع ويقع المعلق بعد المعلق ، وقد عرف من استدلالهم الذى أطبقوا عليه أن المراد من البائن الذى لايلحق ماهو بلفظ الكناية لأنه هو الذى ليس ظاهرا فى إنشاء الطلاق ، وبه يقع الفرق بين الصريح أنت طالق وأنت بائن ، ولأنهم جعلوه مقابل الصريح ، ولا يقابله البائن إلا إذا كان كناية لأن الصريح أعم من البائن لأنه مالا يحتاج إلى نية بائنا كان الواقع به أو رجعيا ، والكناية مايحتاج إليها ؛ غير أنه لايقع بها فى غير الألفاظ الثلاثة اعتدى استبرئى رحمك أنت واحدة إلا بائن . وفى الخلاصة نقلا من الزيادات : الذى يلحق البائن لايكون رجعيا ، والصريح يلحق البائن وإن لم يكن رجعيا . وقوله الذى يلحق البائن لايكون رجعيا لأنه لايتصور لأن البينونة السابقة تمنع الرجعة التى هى حكم الصريح غير المقيد بإبانة ماذكر من أنه إذا أبانها ثم قال لها أنت طالق بائن يلغو بائن هو لما ذكرنا من عدم تصور الرجعة فكان ذكره وتركه سواء ، وما زاد فى تعليل الإلغاء فى هذه المسئلة فى الحاوى من قوله يلغو تصحيحا لكلامه لامعنى له ، وعلى مجرد الإلغاء اقتصر فى الخلاصة ومحله ما ذكرنا . وعلى هذا فما وقع فى حلب من الخلاف فى واقعة ، وهى أن رجلا أبان امرأته ثم طلقها ثلاثا فى العدة الحق فيه أنه يلحقها لما سمعت من أن الصريح وإن كان بائنا يلحق البائن ، ومن أن المراد بالبائن الذى لايلحق هو ماكان كناية على مايوجبه الوجه . وفى الحقائق : لوقال

. . . .

. . . .

إن فعلت كذا فحلال الله علىّ حرام ، ثم قال هكذا لأمر آخر ففعل أحدهما وقع طلاق بائن ، ثم لو فعل الآخر قال ظهير الدين : ينبغى أن يقع آخر . وقال : هذا ينبغى أن يحفظ .

[تتمة] فى الشهادة على الطلاق من الكافى للحاكم وهو مجموع كلام محمد رحمه الله فى كتبه ، لو شهدا بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما لأن البينة تكذبهما ، ولو شهدا أنه طلق إحدى نسائه بعينها ونسياها فشهادتهما باطلة ، ولو شهد أنه طلق إحداهن بغير عينها ألزمناه الإيقاع على إحداهن استحسانا ، وفى القياس هو كالأول ، ولو شهد شاهد على طلقتين وآخر بثلاث والزوج منكر لم تجز هذه الشهادة على قول أبى حنيفة ، وعندهما تجوز على طلقتين ، وتأتى هذه فى الهداية فى باب الاختلاف فى الشهادة ، وإذا شهد شاهد عدل على الطلاق فسألت المرأة القاضى أن يضعها على يد عدل حتى تأتى بالآخر لايفعل ويدفعها إلى زوجها ، فإن كان الطلاق بائنا وادعت أن بقية الشهود بالمصر وشاهدها عدل ، فإن أجلها ثلاثة أيام وحال بينها وبين زوجها حتى ينظر ماتصنع فى شاهدها الآخر فهو حسن ، وإن دفعها للزوج لا بأس به ، ولو شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثا والآخر أنه قال أنت علىّ حرام ينوى الطلاق فهى باطلة ، وكذا لو شهد أحدهما أنه طلقها إن دخلت الدار وأنها دخلت والآخر أنه طلقها إن كلمت فلانا وأنها كلمته ، وكذا إن اختلفا فى ألفاظ الكنايات ، وكذا فى مقادير الشروط التى علق عليها فى التعليق والإرسال ومقادير الأجعال وصفاتها وفى اشتراطها وحذفها ، وإذا شهد أنه قال إن دخلت فلانة الدار فهى طالق وفلانة معها والآخر أنه قال وحدها وقد دخلت فلانة تطلق وحدها لأنهما اتفقا فيما وقع فيه الطلاق على واحدة ، ولو شهد واحد على تطليقة بائنة وآخر على تطليقة رجعية جازت على الرجعية ، وكذا إذا شهد على تطليقة والآخر على واحدة وواحدة أو على واحدة والآخر على واحدة وعشرين أو واحدة ونصف ، والأصل عنده أنها فى العطف تصح فى المعطوف عليه لاتفاقهما على اللفظ أو مرادفه ، بخلاف البائن فلذا لاتقبل شهادة أحدهما على واحدة والآخر على ثنتين عنده خلافا لهما لأن الذى شهد بثنتين لم يتكلم بالواحدة ولا بمرادفها ، وسيأتى هذا الأصل فى باب الاختلاف فى الشهادة ، ولو شهد أنه قال فلانة طالق لابل فلانة والآخر على أنه سمى الأولى فقط جازت على الأولى ، ولو شهد أنه قال طالق الطلاق كله والآخر على أنه قال بعد الطلاق لم تجز الشهادة عنده ، وعندهما تطلق واحدة ، ولو شهدا أنه قال طالق والآخر أنه أقر بالطلاق جازت ، وكذا إن اختلفا فى الوقت أو المكان أو الزمان بأن شهد أنه طلقها يوم النحر بمكة والآخر أنه طلقها فى ذلك اليوم بالكوفة فهى باطلة لتيقن كذب أحدهما ، ولو شهدا بذلك فى يومين متفرقين بينهما من الأيام قدر ما يسير الراكب من الكوفة إلى مكة جازت شهادتهما ، ولو شهد اثنان أنه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة والآخر أنه طلق زينب يوم النحر بمكة فشهادتهما باطلة ، ولو جاءت إحدى البينتين فقضى بها ثم جاءت الأخرى لم يلتفت إليها ، وإذا قال رجل لامرأتيه أيتكما أكلت هذا فهى طالق فجاءت كل بينة أنها أكلته تطلقان جميعا ، وإن جاءت إحداهما ببينة فحكم بها ثم جاءت الأخرى لم يلتفت إليها . وإن كانتا أكلتا لم تطلقا .

. . . .

(باب تفويض الطلاق)

(فصل فى الاختيار)

(وإذا قال لامرأته اختارى ينوى بذلك الطلاق أو قال لها طلقى نفسك فلها أن تطلق نفسها مادامت فى مجلسها ذلك ، فإن قامت منه أو أخذت فى عمل آخر خرج الأمر من يدها) لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضى الله عنهم أجمعين ،

(باب تفويض الطلاق)

(فصل فى الاختيار)

لما فرغ من بيان الطلاق بولاية المطلق نفسه شرع فى بيانه بولاية مستفادة من غيره . وتحت هذا الصنف ثلاثة أصناف : التفويض بلفظ التخيير وبلفظ الأمر باليد وبلفظ المشيئة (قوله إذا قال لامرأته اختارى ينوى بذلك الطلاق) يعني ينوى تخييرها فيه (أو قال لها طلقى نفسك فلها أن تطلق نفسها مادامت فى مجلسها ذلك) وإن طال يوما أو أكثر ولم يتبدل بالأعمال (فإن قامت منه أو أخذت فى عمل آخر خرج الأمر من يدها . لأن المخيرة لها خيار المجلس بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم) قال ابن المنذر : واختلفوا فى الرجل يخير زوجته . فقالت طائفة أمرها بيدها فإن قامت من مجلسها فلا خيار لها ، روينا هذا القول عن عمر بن الخطاب وعثمان وابن مسعود رضى الله تعالى عنهم أجمعين ، وفى أسانيدها مقال ، وبه قال جابر بن عبد الله ، وقال به عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبى والنخعى ومالك وسفيان الثورى والأوزاعى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وفيه قول ثان وهو أن أمرها بيدها فى ذلك المجلس وفى غيره ، وهذا قول الزهرى وقتادة وأبى عبيد وابن نصر وبه نقول ، ويدل على صحته قول النبى صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها « لاتعجلى حتى تستأمرى أبويك » وحكى صاحب

(باب تفويض الطلاق)

لما فرغ من تصرف نفس الرجل فى الطلاق شرع فى بيان التصرف الحاصل فيه من غيره فى باب على حدة ، وأخره لأن الأصل تصرف المرء لنفسه .

(فصل فى الاختيار)

هذا الباب ثلاث فصول بالاستقراء وذكرها متوالية وكلامه واضح . وحاصله أن فيه قياسا واستحسانا . القياس يقتضى أن لايقع بهذا شيء وإن نوى الزوج الطلاق لأنه لايملك الإيقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسى أو اخترت نفسى منك لايقع شيء ، ومن لايملك شيئا لايملك تمليكه لغيره ، لكن استحسنوا ترك القياس لإجماع الصحابة . روى عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة أنهم قالوا : إذا خير الرجل امرأته كان لها الخيار مادامت فى مجلسها ذلك ، فإذا قامت فلا خيار لها . ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك

(باب تفويض الطلاق)

(قال المصنف : ينوى بذلك الطلاق) أقول : أى تفويض الطلاق ، فالمضاف محذوف .

ولأنه تمليك الفعل منها ، والتمليكات تقتضى جوابا فى المجلس كما فى البيع ، لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة

المغنى هذا القول عن على فاعترض على نقل الإجماع . والجواب أن الرواية عن على لم تستقر ، فقد روى عنه كقول الجماعة ، ولذا نص فى بلاغات محمد رحمه الله أنه قائل بالاقتصار على المجلس قال : بلغنا عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وجابر رضى الله عنهم فى الرجل يخير امرأته أن لها الخيار مادامت فى مجلسها ذلك ، فإذا قامت من مجلسها فلا خيار لها فيكون إجماعا سكوتيا من قول المذكورين وسكوت غيرهم ، وأين من نقل عنهم من التابعين القول الأول ممن نقل عنهم الثانى . وقوله فى أسانيدها مقال لايضر بعد تلقى الأمة بالقبول ، مع أن رواية عبد الرزاق عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله جيدة . وأما التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة « لاتعجلى الخ » فضعيف ، لأنه صلى الله عليه وسلم لم يكن تخييره ذلك هذا التخيير المتكلم فيه وهى أن توقع بنفسها بل على أنها إن اختارت نفسها طلقها ؛ ألا ترى إلى قوله تعالى فى الآية التى هى سبب التخيير منه صلى الله عليه وسلم - إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا - (قوله ولأنه تمليك الفعل منها والتمليكات تستدعى جوابا فى المجلس) أورد لو كان تمليكا لم يبق الزوج مالكا للطلاق فى ذلك المجلس لاستحالة كون الشىء مملوكا كله لأكثر من واحد فى زمان واحد وهو منتف . فإنه لو طلقها بعد التخيير وقع . وأيضا لو صارت مالكة كان من قال لامرأته طلقى نفسك ثم حلف أن لايطلقها فطلقت نفسها لايحنث. وقد نص محمد على أنه يحنث وهو يقتضى أن تكون نائبة عنه لامالكة . وأيضا يصح عندنا توكيل المديون بإبراء نفسه . وهذا يرد على تعليل كونه تمليكا بأنها عاملة لنفسها . وأجيب بأن المراد بالمالك هنا من يقدر على الفعل لاختياره بحيث لايلحقها

فحل محل الإجماع . وقوله (ولأنه تمليك) دليل معقول على أن الأصل أن يقتصر الجواب على المجلس كما فى البيع ، وهو مخالف لما ذكر صاحب النهاية أن القياس أن لايبطل خيارها بالقيام عن المجلس لأن التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التأبيد يتأبد ، لكن تركنا هذا القياس بآثار الصحابة ؛ والمصنف جعله كالبيع فى كونه تمليكا ، ثم لايخلو إما أن يكون البيع مما يتأبد . ومما لايتأبد . فإن كان الأول بطل القياس : أعنى قياس المصنف التخيير على البيع لأنه مما يقتصر على المجلس ؛ وإن كان الثانى كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ماذكره صاحب النهاية . ثم فرق بين التمليك والتوكيل بأن التمليك يقتضى أن يكون المملك له عاملا لنفسه ؛ والتوكيل يقتضى أن يكون الوكيل عاملا لغيره ؛ والمرأة بعد التخيير إنما تعمل لنفسها فكان التخيير تمليكا لاتوكيلا . وأورد على ذلك شبها : أحدها أن رب الدين إذا وكل المديون بإبراء ذمته عن الدين فهو وكيل وإن كان عاملا لنفسه فى إبراء ذمته عن الدين ، والدليل على أنه وكيل عدم الاقتصار على المجلس ؛ ويملك صاحب الدين الرجوع قبل الإبراء . والثانية أن التخيير لو كان تمليكا توارد ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لايصح . والثالثة أنه لو قال طلقى نفسك ثم حلف أن لايطلق وطلقت هى نفسها حنث الزوج فى يمينه ، ولو ملكت طلاقها لما حنث . وأجاب عن الأول بما حاصله أن تصرف المديون لنفسه وقع فى ضمن صحة وكالته والضمنى غير معتبر وهو ليس بدافع

(قوله وهو مخالف لما ذكر الخ) أقول : يجوز أن يكون ماذكره المصنف وجه الاستحسان فلا مخالفة بينهما حينئذ (قوله أعنى قياس المصنف التخيير على البيع لأنه الخ) أقول : ضمير لأنه راجع إلى التخيير (قال المصنف : لأن ساعات المجلس) أقول : هذا تعليل لثبوت خيار المجلس لها كما لايخفى (قوله وهو لايصح) أقول : ولك أن تمنع ذلك فى الأفعال (قوله وقع فى ضمن صحة وكالته الخ) أقول : أى فى ضمن عمله للموكل بحكم الوكالة حيث يحصل له الثواب بهذا الإبراء بخلاف الاختيار فلا يتجه حينئذ ما أورده الشارح فليتأمل .

واحدة ، إلا أن المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه وتارة بالاشتغال بعمل آخر ، إذ مجلس الأكل غير مجلس

إثم على نفس الفعل ولا خلف فى عدم فعله ، بخلاف الوكيل فإنه مخلف إن لم يفعل ويتصور الملك على هذا الوجه من اثنين فإن تمليك الفعل هكذا ، ولزوم انتفاء الملك بالتمليك فى الأعيان لا فى ملك الأفعال للقطع بثبوت ملك كل من مائة رجل لفعل واحد كملا وهو الاقتصاص ، ومسئلة اليمين ممنوعة والحنث قول محمد ، والمنع مذكور فى الزيادات لصاحب المحيط ، وأما المديون فوكيل ، وإنما وقع عمله فى الإبراء لرب الدين باعتبار أمره ، وثبت أثر التصرف لنفسه فى ضمنه وهو فراغ ذمته ، وفى هذا نظر نبريه فى تطليقها نفسها بأن يقال هى وكيلة فهى فى نفس فعل الإيقاع عاملة له وثبوت الحاصل لها ضمنا ، ولو التزم كون المديون مملكا لم يصح لانتفاء لازمه لأن للدائن أن يرجع قبل الإبراء وسنذكر ما هو الأوجه . واعلم أن الجواب الذى يستدعيه التمليك هو القبول فى المجلس والجواب المتكلم فيه هو تطليقها نفسها وهو بعد تمام التمليك فليس هذا الوجه مستلزما للمطلوب ، ولهذا قال فى الذخيرة إن هذا التمليك يخالف سائر التمليكات من حيث أنه يبقى إلى ماوراء المجلس إن كانت غائبة ، ولا يتوقف على القبول ، فظهر أن هذا التمليك بخصوصه لا يستدعى الجواب الذى يتم به التمليكات ، ولكونه تمليكا يتم بالمملك وحده بلا قبول لا يقدر على الرجوع لا لكونه متضمنا معنى التعليق لأنه اعتبار يمكن فى سائر الوكالات لتضمنها معنى إن بعته فقد أجزته ، والولايات لتضمنها إذا حكمت بين من شئت فقد أجزته فكان يقتضى أن لا يصح الرجوع والعزل فيهما فلا حاجة إليه لهذا المعنى لابتنائه على ما ذكرنا ، لكن إذا كان الملك يثبت فيه بالمملك وحده لم يصح القول بأنه يخالف سائر التمليكات من حيث أنه يبقى إلى ما وراء المجلس ، بل بقاؤه هو الموافق لسائر التمليكات التى يثبت الملك عندها ، وإنما خالفها بما ذكرنا وباعتبار اقتصاره على المجلس والمستند فيه إجماع الصحابة . واعلم أن الاقتصار على المجلس فى الخطاب المطلق ، أما لو قال طلقى نفسك متى شئت فهو لها فى المجلس وغيره ، وإذا فوض وهى غائبة اعتبر مجلس علمها ، ولو قال جعلت لها أن تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها فى ذلك اليوم ، فلو مضى اليوم ثم علمت يخرج الأمر من يدها ، وكذا كل وقت قيد التفويض به وهى غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها فى المجلس ، وليس للزوج أن يرجع قبل انقضاء المجلس لأنه بمعنى اليمين ، إذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها وقد علمت ما هو التحقيق (قوله إذ مجلس الخ) لو كانا يتحدثان فأخذا

لجواز أن يقال مثله فى التخيير بأنها تعمل لنفسها فى ضمن صحة وكالتها ، وكذا بقية كلامه فى الأجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام بذكره . وأقول : التمليك هو الإقرار الشرعى على محل التصرف والتوكيل هو الإقرار على التصرف وحينئذ تندفع الشبهة الأولى . والجواب عن الثانية أن التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك لها إلا بالقبول ، فقبله لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتوارد الملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده . وعن الثالثة بأن المسئلة ممنوعة والمنع مذكور فى الزيادات . ثم إن المرأة إما أن تختار زوجها أو نفسها ، فإن اختارت زوجها لم يقع شىء . وقال على رضى الله عنه : تقع تطليقة رجعية ، كأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقا . وإنما نأخذ بقول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما أنه لا يقع فى ذلك شىء ، قالت عائشة : خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ، ولم يكن

(قوله والجواب عن الثانية الخ) أقول : فيه بحث ، إذ ما ذكره يجر إلى أن يوجد التمليك والتملك ولا يحصل الملك المتملك كما لا يخفى (قوله قالت عائشة رضى الله عنها «خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم») لم يكن التخيير الذى فيه الكلام وهو أن توقع بنفسها بل على أنها إن اختارت نفسها طلقها ، ألا يرى إلى قوله تعالى ـ فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا ـ فى صحة النقل كلام ، وسيجىء زيادة كلام متعلق بالمقام .

المناظرة ومجلس القتال غيرهما . ويبطل خيارها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض ، بخلاف الصرف والسلم لأن المفسد هناك الافتراق من غير قبض ، ثم لابد من النية فى قوله اختارى لأنه يحتمل تخييرها فى نفسها ويحتمل تخييرها فى تصرف آخر غيره (فإن اختارت نفسها فى قوله اختارى كانت واحدة بائنة) والقياس أن لايقع بهذا شىء ، وإن نوى الزوج الطلاق لأنه لايملك الإيقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره إلا أنا استحسناه لإجماع الصحابة رضى الله عنهم ، ولأنه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك إقامتها مقام نفسه فى حق هذا الحكم ، ثم الواقع بها بائن لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك فى البائن (ولا يكون ثلاثا وإن

فى الأكل انقضى مجلس الحديث وجاء مجلس الأكل ، فلو انتقلا إلى المناظرة انقضى مجلس الأكل وجاء مجلس المناظرة ، ولو خيرها فلبست ثوبا أو شربت لايبطل خيارها لأن العطش قد يكون شديدا يمنع التأمل ، ولبس الثوب قد يكون لتدعو شهودا ، بخلاف ما لو أكلت ماليس قليلا أو امتشطت أو أقامها الزوج قسرا فإنه يخرج الأمر من يدها لظهور الإعراض به . ووجه بأن فى الإقامة أنها يمكنها ممانعته فى القيام أو تبادر الزوج باختيارها نفسها فعدم ذلك دليل الإعراض ، وكذا إذا خاضت فى كلام آخر . قال تعالى – حتى يخوضوا فى حديث غيره – أفاد أنه إعراض عن الأول (قوله ثم لابد من النية) أى نية الطلاق فى قوله (اختارى لأنه يحتمل تخييرها فى نفسها) بالإقامة على النكاح وعدمه (ويحتمل تخييرها فى غيره) من نفقة أوكسوة ، فإذا اختارت نفسها فأنكر قصد الطلاق فالقول له مع يمينه ، أما إذا خيرها بعد مذاكرة الطلاق فاختارت نفسها ثم قال: لم أنو الطلاق لايصدق فى فى القضاء ، وكذا إذا كانا فى غضب أو شتيمة : وإذا لم يصدق فى القضاء لايسع المرأة أن تقيم معه إلا بنكاح مستقبل (قوله والقياس أن لايقع بها شىء) لأن التمليك فرع ملك المملك وهو لايملك الإيقاع بهذه اللفظة ، لو قال اخترت نفسى منك أو اخترتك من نفسى ناويا لايقع ، إلا أنا استحسنا الوقوع باختيارها بإجماع الصحابة رضى الله عنهم (قوله ولأنه بسبيل الخ) ظاهره أنه وجه آخر للاستحسان يقابل القياس ويقتضى الوقوع بخصوص هذه اللفظة ، وهو لايقتضى ذلك وإنما يقتضى جواز إقامتها مقامه فى الفراق ولا تلاقى بينهما ، بل يقتضى أن لايقع به لأن إقامتها مقام نفسه فيما يملكه ولا يملك الإيقاع بهذه اللفظة فهو وجه القياس (قوله ثم الواقع بها بائن) روى عن زيد بن ثابت أنه ثلاث ، وبه أخذ مالك فى المدخول بها ، وفى غيرها يقبل منه دعوى الواحدة ، وعن عمر وابن عباس وابن مسعود واحدة رجعية وبه أخذ الشافعى وأحمد ، وثبت عن على رضى الله عنه أن الواقع به واحدة بائنة توسط بين الغايتين . ورجح قول عمر وابن مسعود بأن الكتاب دل على أن الطلاق يعقب الرجعة إلا أن تكون الطلقة الثالثة ، وأنت علمت أنه أخرج منه الطلاق بمال وقبل الدخول ولزم إخراج الطلاق بما دل على البينونة من الألفاظ على ما أسلفناه ولفظ اخترت نفسى ، بل نفس تخييرها يفيد ملكها نفسها إذا اختارته لأنه ينبئ عن الاستخلاص والصفاء من ذلك الملك وهو بالبينونة ، وإلا لم تحصل فائدة التخيير إذا كان له أن يراجعها شاءت أو أبت . وقد روى الترمذى عن عبد الله بن مسعود وعمر أن الواقع بها بائنة كما روى عنهما الرجعية ، فاختلفت الرواية عنهما . وقد ترجح بما ذكرنا قول على وعمر وابن مسعود ، ثم هو غير متنوع لأنه إنما يفيد الخلوص والصفاء والبينونة تثبت فيه مقتضى فلا يعم ، بخلاف أنت بائن ونحوه فلا يقع الثلاث فى قوله اختارى وإن نواها

ذلك طلاقا ، وإن اختارت نفسها فهى واحدة بائنة عندنا وهو قول على لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها ، وذلك فى البائن ، ولا يقع ثلاث وإن نوى الزوج لأن الاختيار لايتنوع ، بخلاف الإبانة فإنها تتنوع كما تقدم

نوى الزوج ذلك) لأن الاختيار لايتنوّع ، بخلاف الإبانة لأن البينونة قد تتنوّع . قال (ولا بد من ذكر النفس فى كلامه أو فى كلامها ، حتى لوقال لها اختارى فقالت قد اخترت فهو باطل) لأنه عرف بالإجماع وهو فى المفسرة من أحد الجانبين ، ولأن المبهم لايصلح تفسيرا للمبهم الآخر ولا تعيين مع الإبهام (ولو قال لها اختارى نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة) لأن كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن إعادته

بخلاف التفويض بقوله أمرك بيدك حيث تصح نية الثلاث فيه لأن الأمر شامل بعمومه لمعنى الشأن للطلاق فكان من أفراده لفظا والمصدر يحتمل نية العموم . وقيل الفرق أن الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس بإجماع الصحابة ، وإجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة ، بخلاف تلك المسائل : أى بائن ونحوه لأن الوقوع مقتضى نفس الألفاظ ومقتضاها البينونة وهى متنوعة ، وفيه نظر لانتفاء إجماعهم على الواحدة لما قدمنا من قول زيد بن ثابت أن الواقع به ثلاث قولا بكمال الاستخلاص (قوله ولا بد من ذكر النفس فى كلامه أو كلامها) يعنى أو مايقوم مقامه كالاختيارة والتطليقة . وكذا إذا قالت اخترت أبى وأمى أو الأزواج أو أهلى بعد قوله اختارى يقع لأنه مفسر فى الأزواج ظاهر ، وكذا أهلى لأن الكون عندهم وهو المفهوم من اخترت أهلى إنما يكون للبينونة وعدم الوصلة مع الزوج ولذا تطلق بقول الزوج الحقى بأهلك ، بخلاف قولها اخترت قومى أو ذا رحم محرم لايقع . وينبغى أن يحمل على ما إذا كان لها أب أو أم . أما إذا لم يكن ولها أخ ينبغى أن يقع لأنها تكون عنده عادة عند البينونة إذا عدمت الوالدين ، وإنما اكتفى بذكر هذه الأشياء فى أحد الكلامين لأنها إن كانت فى كلامه تضمن جوابها إعادته كأنها قالت فعلت ذلك ، وإن كان فى كلامها فقد وجد مايختص بالبينونة فى اللفظ العامل فى الإيقاع فالحاجة معه ليس إلا إلى نية الزوج ، فإذا فرض وجودها تمت علة البينونة فتثبت . بخلاف ما إذا لم تذكر النفس ونحوها فى شىء من الطرفين لأن المبهم لايفسر المبهم إذ لفظه حينئذ مبهم ، ولذا كان كناية لاحتمال اختارى ماشئت من مال أو حال أو مسكن وغيره . وأيضا الإجماع إنما هو فى المفسر من أحد الجانبين والإيقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه ، ولولا هذا لأمكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد أن نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل ، وإلا لوقع بمجرد النية مع لفظ لايصلح له أصلا كاسقنى ، وبهذا يبطل اكتفاء الشافعى وأحمد بالنية مع القرينة عن ذكر النفس ونحوه ، ولو قال اختارى فقالت اخترت نفسى لابل زوجى يقع ، ولو قدمت زوجى لايقع . والوجه عدم صحة الرجوع فى الأول وخروج الأمر من يدها فى الثانى ، ولو قالت اخترت نفسى أو زوجى لم يقع ، ولو عطفت بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو

(وقوله ولا بد من ذكر النفس فى كلامه أو كلامها) قال فى النهاية : هذا ليس بمنحصر بذكر النفس فى حق إرادة الطلاق البائن من التخيير ، فإن البينونة كما تقع عند ذكر النفس فى أحد الكلامين فكذلك تقع بذكر مايقوم مقام النفس فى أحد الكلامين كالتطليقة والاختيارة . وهو واضح . وقوله (حتى لو قال لها اختارى فقالت اخترت فهو باطل) قيل هذا إذا لم يصدقها الزوج بأنها اختارت نفسها ، أما إذا صدقها طلقت وإن كان الكلامان مبهمين . وقوله (ولا تعيين مع الإبهام) يعنى أن اختارى من الكنايات يحتمل معنيين فلا بد من التعيين ولا تعيين مع الإبهام ، وقوله (ولو قال اختارى نفسك) ظاهر . وقوله (فيتضمن إعادته) أى إعادة كلامه

(قال المصنف : لأنه عرف بالإجماع) أقول : أى لأن وقوع الطلاق بلفظ الاختيار (قال المصنف : وهو فى المفسرة) أقول : أى وقوع

(وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت اخترت) لأن الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد ، واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد أخرى فصار مفسرا من جانبه (ولو قال اختاري فقالت : قد اخترت نفسي يقع الطلاق إذا نوى الزوج) لأن كلامها مفسر ، وما نواه الزوج من محتملات كلامه (ولو قال اختاري فقالت أنا أختار نفسي فهي طالق) والقياس أن لا تطلق لأن هذا مجرد وعد أو يحتمله ، فصار كما إذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي .

مابعده ، ولو خيرها ثم جعل لها ألفا على أن تختاره فاختارته لايقع ولا يجب المال لأنه رشوة إذ هو اعتياض عن ترك حق تملك نفسها فهو كالاعتياض عن ترك حق الشفعة (قوله وكذا لو قال اختاري اختيارة الخ) يعني أن ذكره الاختيارة في كلامه تفسير من جانبه كذكره نفسها ، فلو لم تزد هي على اخترت وقعت بائنة . ووجهه بأن الهاء فيها للوحدة واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة بأن قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي فإنه إنما يقع به واحدة ويتعدد أخرى بأن قال لها اختاري اختاري اختاري أو اختاري نفسك بثلاث تطليقات أو بما شئت فقالت اخترت يقع الثلاث ، فلما قيد بالوحدة ظهر أنه أراد تخييرها في الطلاق فكان مفسرا . فإلزام التناقض بأنه أثبت هنا إمكان تعدد الواقع ولو ثلاثا ونفاه فيما تقدم بقوله لأن الاختيار لايتنوع مندفع لأنه لم يلزم مما ذكرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالبينونة إلى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير زيادة لفظ آخر . فإن قيل : إجماع الصحابة على المفسر بذكر النفس فينبغي أن لايجوز بقولها اخترت اختيارة أو أهلي ونحوه فإن هذه لم يجمع عليها . قلنا : عرف من إجماع الصحابة اعتبار مفسر لفظا من جانب فيقتصر عليه فينتفي غير المفسر ، وأما خصوص لفظ المفسر فعلوم الإلغاء ، واعتبار المفسر أعم منه حتى بقرينة غير لفظية يوجب ماذكرنا من الوقوع بلا لفظ صالح ، ولو اختارت زوجها لايقع شيء . وعن علي تقع رجعية كأنه جعل نفس اللفظ إيقاعا ؛ لكن قول عائشة رضي الله عنها « خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يعدده علينا شيئا » رواه الستة . وفي لفظ في الصحيحين « فلم يعدد » يفيد عدم وقوع شيء (قوله فقالت أنا أختار نفسي) المقصود أنها ذكرت بلفظ المضارع كأختار نفسي سواء ذكرت أنا أولا ، ففي القياس لايقع لأنه وعد ، كما لو قال طلقي نفسك فقالت

فكأنها قالت اخترت ما أمرتني باختياره وهو النفس . وقوله (وكذا لو قال اختاري اختيارة) بيان مايقوم مقام النفس في التفسير (لأن الهاء) أي التاء (في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد) لكونها للمرة ، والاتحاد إنما يكون في اختيارها نفسها لأنه يتحد مرة بأن قال لها اختاري نفسك بتطليقة (ويتعدد أخرى) بأن قال لها اختاري نفسك بما شئت أو بثلاث (فصار مفسرا من جانبه) بخلاف اختيارها الزوج فإنه لايتعدد لكونه عبارة عن إبقاء النكاح وهو غير متعدد . وقوله (ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي) ظاهر ، ولم يذكر وقوع كلام المرأة مفسرا بذكرها الاختيارة ، كما لو قال الزوج اختاري فقالت المرأة اخترت اختيارة ، والحكم فيهما سواء لأن ذكر الاختيارة لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة إليه سواء ، فكذا بالنسبة إلى ذكر الاختيارة (ولو قال اختاري فقالت أنا أختار نفسي فهي طالق ، والقياس أن لاتطلق لأن هذا مجرد وعد) يعني إن أرادت الاستقبال (أو يحتمله) إن لم ترده ، فصار كما إذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي) فإنه لايقع الطلاق بهذا

الطلاق بذلك اللفظ (قوله يعني إن أرادت الاستقبال أو يحتمله إن لم ترده) أقول : فيه تأمل ، فإنه إذا لم يرد الاستقبال كيف يحتمل الوعد ،

وجه الاستحسان حديث عائشة رضى الله عنها ، فإنها قالت « لا بل أختار الله ورسوله » اعتبره النبى صلى الله عليه وسلم جوابا منها ، ولأن هذه الصيغة حقيقة فى الحال وتجوّز فى الاستقبال كما فى كلمة الشهادة ، وأداء الشاهد الشهادة ، بخلاف قولها أطلق نفسى لأنه تعذر حمله على الحال لأنه ليس بحكاية عن حالة قائمة ، ولا كذلك

أنا أطلق حيث لاتطلق ، وكذا لو قال لعبده أعتق رقبتك فقال أنا أعتق لايعتق . وجه الاستحسان حديث عائشة فى الصحيحين عنها قالت « لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بى فقال : إنى ذاكر لك أمرا ولا عليك أن لاتعجلى حتى تستأمرى أبويك ، وقد علم أن أبوىّ لم يكونا يأمرانى بفراقه ، ثم قال : إن الله تعالى قال لى ـ يا أيها النبى قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها ـ إلى قوله ـ أجرا عظيما ـ فقلت : ففى هذا أستأمر أبوى ؟ فإنى أريد الله ورسوله والدار الآخرة ، ثم فعل أزواج النبى صلى الله عليه وسلم مثل الذى فعلت » وفى لفظ مسلم « بل أختار الله ورسوله » واعتبره صلى الله عليه وسلم جوابا . لايقال : قد ذكرت أن التخيير الذى كان منه صلى الله عليه وسلم ليس هذا المتكلم فيه بل إنهن لو اخترن أنفسهن يطلقهن لأن المقصود بالاستدلال به اعتداده صلى الله عليه وسلم جوابا يفيد قيام معناه فى الحال ، وقول المصنف (ولأن هذه الصيغة حقيقة فى الحال وتجوّز فى الاستقبال) هو أحد المذاهب ، وقيل بالقلب ، وقيل مشترك بينهما ، وعلى اعتبار جعله للحال خاصا أو مشتركا لفظيا يرجح هنا إرادة أحد مفهوميه : أعنى الحال بقرينة بكونه إخبارا عن أمر قائم فى الحال ، وذلك يمكن فى الاختيار لأن محله القلب فيصح الإخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الإخبار كما فى الشهادة وكلمة

(وجه الاستحسان حديث عائشة) وهو ما روى « أنه لما نزل قوله تعالى ـ يا أيها النبى قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا ـ بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة فقال : إنى مخبرك بأمر فلا تجيبينى حتى تستأمرى أبويك ، ثم أخبرها بالآية ، فقالت : أفى هذا أستأمر أبوىّ ؟ لا ، بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة » . واعتبره رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا منها وإن كان على صيغة المضارع المحتمل الوعد (ولأن هذه الصيغة حقيقة فى الحال وتجوّز فى الاستقبال) والحقيقة يمكن أن تكون مرادة (كما فى كلمة الشهادة) فإن الرجل إذا قال أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله يعتبر ذلك منه إيمانا لا وعدا بالإيمان ، وكذا الشاهد إذا قال : أشهد بكذا فلا يصير إلى المجاز (بخلاف قولها أنا أطلق نفسى لأن الحمل على الحقيقة متعذر) إذ ليس ثمة حالة قائمة بالمتكلم يقع قوله أطلق نفسى حكاية عنه من حيث أن الإيقاع باللسان دون

ولعل الأولى أن يقال بمجرد وعد إن وضعت للاستقبال فقط على ماذهب إليه بعضهم ، أو يحتمله إن كانت مشتركة (قوله بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضى الله عنها إلى آخر الحديث) أقول : فيه بحث لقد مر وجهه . ولك أن تقول : لاتمس الحاجة فى تصحيح التعليل إلى جعل ماوقع فى الحديث التخيير الذى فيه الكلام (قال المصنف : ولأن هذه الصيغة حقيقة فى الحال) أقول : أراد الحقيقة بحسب الوضع العرفى الطارئ على ماقالوا فى اسمى الفاعل والمفعول فلا يخالف لما قاله النحويون من أنها مشتركة بين الحال والاستقبال فإن ذلك بحسب الوضع الأصلى (قال المصنف : لأنه ليس حكاية عن حالة قائمة الخ) أقول : فإن قيل لو صح ذلك لزم أن لايكون أشهد فى كلمة الشهادة وأداء الشاهد مرادا به الحال إذ لايمكن أن يكون حكاية عن حالة قائمة فإن الشهادة خبر يكون على مواطأة قلب . قلنا : هو حكاية عما فى حيز أشهد من قولنا لا إله إلا الله مع الاعتقاد لمضمونه ، وذلك القول وإن كان موجودا بعد أشهد إلا أن الاعتقاد القلبى وهو العمدة لما وجد حين التلفظ بلفظ أشهد وجزؤه الآخر يوجد عقيبه بلا فصل عد حالا على ما ذكر فى أثناء التكلم على حديث « المتبايعان بالخيار مالم يفترقا » فراجعه

قولها أنا أختار نفسي لأنه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ، ولو قال لها اختارى اختارى اختارى فقالت قد اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة طلقت ثلاثا فى قول أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه ، ولا يحتاج إلى نية الزوج (وقالا : تطلق واحدة) وإنما لايحتاج إلى نية الزوج لدلالة التكرار عليه إذ الاختيار فى حق الطلاق هو الذى

الشهادة ، بخلاف قولها أطلق نفسى لايمكن جعله إخبارا عن أمر قائم لأنه إنما يقوم باللسان ، فلو جاز قام به الأمران فى زمن واحد وهو محال ، وهذا بناء على أن الإيقاع لايكون بنفس أطلق لأنه لاتعارف فيه ، وقدمنا أنه لو تعورف جاز ومقتضاه أن يقع به هنا إن تعورف لأنه إنشاء لا إخبار (قوله ولا يحتاج إلى نية الزوج) ولا إلى ذكر نفسها ذكره فى الدراية لأن فى لفظه ما يدل على إرادة الطلاق وهو التعدد ، وهو إنما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج ، وهذا يفيد عدم الاحتياج إليها فى القضاء ، حتى لو قال لم أنو لم يلتفت إليه ، ويفرق بينهما لا عدم الاحتياج إليها فى الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى حتى يصير كالصريح . ويدل على هذا رواية الزيادات باشتراط النية وإن

القلب ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لأنه معدوم بعد والحكاية تقتضى وجود المحكى عنه (ولا كذلك أختار نفسى لأنه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها) لأن الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عن أمر قائم لا محالة . واعترض الشارحون على قوله حقيقة فى الحال بأن النحويين اتفقوا على أن صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم أعرف بالموضوعات . وأجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بأن أحد معنيى المشترك يترجح بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة إرادة الحال به . إذ العادة العرفية والشرعية تدلان على أن مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان يختار كذا وأنا أملك كذا فى العادة وفى الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة وأداء الشهادة ، وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا المحل . وأقول : بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوى فلا معتبر بكلامهم فيه ، وإنما هو وظيفة الأصول أو وظيفة البيان ، وأهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل إلينا من كتبهم ، وأهل الأصول نقلوا فيه الخلاف ، فمنهم من قال مثل ما قال به المصنف ، ومنهم من قال بالعكس ، ومنهم من قال بالاشتراك ، والأول مختار الفقهاء والمصنف منهم لامحالة ، والقول بالاشتراك مرجوح لأن اللفظ إذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز أولى لأن الاشتراك مخل بالفهم على ماعرف . قال (ولو قال لها اختارى اختارى اختارى فقالت قد اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة طلقت ثلاثا عند أبى حنيفة ، ولا يحتاج إلى نية الزوج ولا إلى ذكر النفس ، وعندهما تطلق واحدة ، وإنما لايحتاج إلى النية) وإن كانت من الكنايات (لدلالة التكرار عليه إذ الاختيار فى حق الطلاق هو الذى

(قوله ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لأنه معدوم بعد والحكاية تقتضى وجود المحكى عنه) أقول : الأولى أن يعلل بعدم التغاير ولزوم مغايرة الحكاية المحكى ، وأما ماذكره فلو صح يلزم أن لاتصح الحكاية عن الحالة المستقبلة هف . ويمكن أن يؤول تعليله بما قلنا ، ومراده أن الحكاية على أى وجه كانت تقتضى وجود المحكى على ذلك الوجه إن حالا فحالا وإن استقبالا فاستقبالا (قوله وهذا كما ترى ليس بدافع الخ) أقول : لايخفى أن جواب صاحب النهاية جواب بتغيير الدليل وبمثله الكتب مشحونة ، بل لنا أن نقول قول المصنف ولأن هذه الصيغة الخ إشارة إلى منع المقدمة القائلة فى وجه القياس إن هذا مجرد وعد الخ مع السند ، فجواب صاحب النهاية حاصله أن ماذكر كلام على السند الأخص فإن تقريره يتكفل ببيان أخصية السند كما لايخفى على المتأمل (قوله وأقول بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوى فلا معتبر بكلامهم فيه) أقول : فيه بحث ، فإن المنقول من النحويين اشتراك الصيغة ولا شك أنه بحث لغوى وهم من أئمة اللغة يعتمد عليهم فى نقلها لا كونها حقيقة ومجازا فليتأمل .

يتكرر لهما إن ذكر الأولى ، وما يجرى مجراه إن كان لايفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الإفراد فيعتبر فيما يفيد .

كرر . وما فى الجامع قال اختارى اختارى اختارى بألف ينوى الطلاق فاشترط النية مع المال والتكرار فضلا عن أحدهما وهذا لما عرف أن الأحوال شروط ، لكن فى شرح الزيادات لقاضيخان : لو كرر فقال أمرك بيدك أمرك بيدك أو فأمرك بيدك أو وأمرك بيدك بالفاء أو بالواو فقالت : اخترت نفسى وقال الزوج لم أنو الطلاق كان القول قوله لأن التكرار لايزيل الإبهام ، وكذا لو كرر الاختيار انتهى وهو الوجه . وتحقق فى المسئلة خلاف بين المشايخ ، وما ذكره المصنف ذكره الصدر الشهيد والعتابى وغيرهما ، وشرط أبو معين النسفى النية مع التكرار كقاضيخان. ومنهم من استشهد بما استشهدنا به فى لزوم النية فيما بينه وبين الله تعالى من المنقول على لزوم النية مطلقا ولو فى القضاء ، ولا يخفى بعده فى مسئلة الجامع الكبير ، لأن ذكر المال ظاهر فى إرادة الطلاق فكيف يصدقه القاضى إذا أنكر إرادة الطلاق . وأما مافى الزيادات من اشتراطها فيحمل على ما فى نفس الأمر : أى يشترط للوقوع ثبوت النية فى نفس الأمر لأن الأصل أن إثبات أجوبة المسائل من قولنا يقع لايقع يجب لا يجب إنما هو بالنسبة إلى نفس الأمر وليس كل مايشترط فى نفس الأمر يشترط للقضاء ، غير أنا مع ذلك اخترنا ما ذكره القاضى من أنه لو أنكر الطلاق بقوله لم أنوه فالقول قوله لانتهاض الوجه به لأن تكرار أمره بالاختيار لايصيره ظاهرا فى الطلاق لجواز أن يريد اختارى فى المال واختارى فى المسكن ونحوه ، وهو كاعتدى اعتدى اعتدى حيث يصدق فى إنكار نية الطلاق لإمكان إرادة اعتدى نعم الله ومعاصيك ونعمى. وما فى البدائع : لو قال اختارى اختارى اختارى فاختارت نفسها فقال نويت بالأولى طلاقا وبالباقيتين التأكيد لم يصدق لأنه لما نوى بالأولى الطلاق كان الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقى طلاقا ظاهرا ، ومثله فى المحيط ظاهر . وقال فى الكافى فى مسئلة الكتاب : قيل لابد من ذكر النفس ، وإنما حذف لشهرته لأن غرض محمد رحمه الله التفريع دون بيان صحة الجواب ، وعلى هذا فينبغى أن حذف النية فى الجامع الصغير كذلك (قوله إن ذكر الأولى وما يجرى مجراه إن كان لايفيد من حيث الترتيب) يعنى هو فى نفسه يفيد الفردية والنسبة المخصوصة ، فإن بطل الثانى فى خصوص هذا المحل لاستحالته فى المجتمع فى الملك ،أعنى الثلاث التى ملكها بقوله اختارى ثلاث مرات ، إذ حقيقة الترتيب فى أفعال الأعيان كما يقال صام حج

يتكرر فكان متعينا فلا يحتاج إلى ذكر النفس لزوال الإبهام ، قال : الأولى والوسطى والأخيرة كل منها اسم لمفرد مرتب ، وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الإفراد ، وكأنها قالت اخترت التطليقة الأولى لأن معنى قولها اخترت الأولى اخترت ما صار إلىّ بالكلمة الأولى ، والذى صار إليها بالكلمة الأولى تطليقة فكأنها صرحت بذلك وفى ذلك يقع واحدة فكذا ههنا . ولأبى حنيفة أن هذا وصف لغو لأن المجتمع فى الملك لاترتيب فيه كالمجتمع فى المكان فإن القوم إذا اجتمعوا فى مكان لايقال هذا أول وهذا آخر وإنما الترتيب فى فعل الأعيان يقال هذا جاء أولا وهذا جاء آخرا وكل مالا ترتيب فيه يلغو فيه الكلام الذى هو للترتيب وهو الأولى وأختاها ، وإذا لغا اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الإفراد أيضا لأن الترتيب فيه أصل بدلالة الاشتقاق والإفراد من ضروراته ، وإذ لغا فى حق الأصل لغا فى حق البناء ، وإذا لغا فى حقهما بقى قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلاث ، وفيه نظر من وجهين : أحدهما أنه أطلق الكلام على الأولى أو الوسطى أو الأخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما . والثانى أن

(قوله قال الأولى والوسطى والأخيرة كل منها اسم لمفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ، إلى قوله وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا)

ولو أن هذا وصف لغو لأن المجتمع فى الملك لاترتيب فيه كالمجتمع فى المكان والكلام للترتيب والإفراد من ضرواته ، فإذا لغا فى حق الأصل لغا فى حق البناء (ولو قالت اخترت اختيارة فهى ثلاث فى قولهم جميعا) لأنها للمرة فصار كما إذا صرحت بها ولأن الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد تقع الثلاث فمع التأكيد أولى

لم يجز إبطال الآخر فيجب اعتباره (قوله والكلام للترتيب) ذكر فى المبسوط لأبى حنيفة وجهين : أحدهما أن الأولى نعت لمؤنث فاستدعى مذكورا يوصف به والمذكور ضمنا الاختيارة ، فكأنها قالت اخترت الاختيارة أو المرة الأولى ، ولو قالت ذلك طلقت ثلاثا . والآخر أنها أتت بالترتيب لافيما يليق وصفه به فيلغو ويبقى قولها اخترت فيكون جوابا للكل ، وهذا تم الإشارة إليه بقوله إن هذا وصف لغو إلى قوله فى المكان ، فقوله والكلام للترتيب ابتداء وجه يتضمن جواب قولهما إن كان لايفيد الترتيب الخ لايطابق الوجه الأول . والمراد بالكلام لفظ الأولى ، فإن كثيرا من الأصوليين يطلقه على المفرد ، وبعضهم ينسبه إلى كلهم ، ثم يرد عليه منع أن الإفراد من ضرورة الترتيب الذى هو معنى الأولى ، بل كل منهما مدلوله ليس أحدهما تبعا للآخر ، حتى إذا لغا فى حق الأصل لغا فى حق البناء وهو الإفراد ، وإذا لغيا بقى قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقعن . ولذا اختار الطحاوى قولهما . والجواب بعد تسليم أن الفردية مدلول تضمنى فقد يكون أحد جزءى المدلول المطابقى هو المقصود والآخر تبعا كما هو المراد هنا من قوله والإفراد من ضروراته فينتفى التبع بانتفاء المقصود والوصف كذلك ، لأنه وضع لذات باعتبار معنى هو المقصود فلم يلاحظ الفرد فيه حقيقيا أو اعتباريا كالطائفة الأولى والجماعة الأولى إلا من حيث هو متصف بتلك النسبة ، فإذا بطلت بطل الكلام . وقد ضعف بعضهم تعليل أبى حنيفة رحمه الله بأن الترتيب ثابت فى اللفظ وإن لم يكن ثابتا فى المعنى . فصدق وصفها بالأولى والوسطى إلى آخره باعتبار أن قوله اختارى اختارى جملة بعد جملة . والحاصل من هذا اخترت لفظتك الأولى أو كلمتك الأولى ، ولا معنى له أصلا بعد فرض إهدار وصف الطلاق به . وأبعد من هذا من رام الدفع عنه بأن المعنى اخترت الإيقاع بكلمتك الأولى لإن الإيقاع لايكون بكلمته قط بل بكلمتها مريدة بها الطلاق . ولو قال لها اختارى ثلاثا فقالت اخترت اختيارة أو الاختيارة أو مرة أو بمرة أو دفعة أو بدفعة أو بواحدة أو اختيارة واحدة تقع الثلاث اتفاقا لأنه جواب الكل ، حتى لو كان

الأولى اسم لفرد سابق فكان الإفراد أصلا والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه . والجواب عن الأول أن أهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وإن لم يكن مفيدا ، وهذا على ذلك الاصطلاح ، ويجوز أن يكون مجازا من باب ذكر الكل وإرادة الجزء ، وعن الثانى بأن كلا من ذلك صفة والصفة مادلت على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الأولى دالا على الفرد السابق ومعنى السبق هو المقصود فصح أن الترتيب أصل والإفراد من ضروراته لأن الصفة لاتقوم إلا بالذات التى لزمها الفردية فى الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا (ولو قالت اخترت اختيارة فهى ثلاث فى قولهم جميعا) وهو واضح

أقول : آخر هذا الكلام يدل على صحة الترتيب ، وفى أوله اعتراف بعدم صحته فليتأمل فإنه لايوافق المشروح أيضا ، ولا يدفعه ما ذكر فى معرض الجواب عن أبى حنيفة رحمه الله (قال المصنف : والكلام الترتيب) أقول : إشارة إلى الجواب عن قولهما (قال المصنف : ولأن الاختيارة للتأكيد) أقول : فيه تأمل .

(ولو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة) لأن هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكأنها اختارت نفسها بعد العدة (وإن قال لها أمرك بيدك فى تطليقة أو اختارى تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة) لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة بالنص

بمال لزم كله (قوله فهي واحدة يملك الرجعة) وهو سهو بل بائن نص عليه محمد فى الزيادات وفى الجامع الكبير والمبسوط والأوضح وشروح الجامع الصغير وجوامع الفقه وعامة الجوامع سوى جامع صدر الإسلام فإن فيه ما فى الهداية . وجه الصحيح أن الواقع بالتخيير بائن لأن التخيير تمليك النفس منها وليس فى الرجعى ملكها نفسها وإيقاعها وإن كان بلفظ الصريح ، لكن إنما يثبت به الوقوع على الوجه الذى فوض به إليها ، والصريح لاينافى البينونة كما فى تسمية المال فيقع به لأنها لاتملك إلا ماملكت ؛ ألا ترى أنه لو أمرها بالبائن فأوقعت الرجعى أو بالعكس وقع ما أمرها به لا ما أوقعته . فإن قيل : ما الفرق بين اخترت وطلقت حيث يصح طلقت جوابا لاختارى حتى تقع به البائنة واخترت لايصلح جواب طلقى نفسك حتى لايقع به شىء إلا عند زفر . وسنذكر جوابه فى فصل الأمر باليد (قوله لكن بتطليقة) قيل عليه لو كان كذلك لكان هذا كقوله طلقى نفسك . وقد ذكرنا أنه لايقع باخترت جوابا لطلقى نفسك . أجيب بأن آخر كلامه لما فسر الأول كان العامل هو المفسر وهو الأمر باليد والتخيير ، وقولها اخترت يصلح جوابا له .

(ولو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة) يعنى فى جواب من قال اختارى (فهي واحدة يملك الرجعة لأن هذا اللفظ) يعنى قولها قد طلقت نفسي أو اخترت بتطليقة (يوجب الانطلاق) أى البينونة بعد انقضاء العدة لكونه من ألفاظ الصريح ومايوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعيا فهذا اللفظ يوجب الرجعى . فإن قيل : إذن لايكون الجواب مطابقا للتفويض لأن المفوض إليها الاختيار وهو يفيد البينونة أشار إلى الجواب بقوله (فكأنها اختارت نفسها بعد العدة) فكان مطابقا من حيث أن الاختيار قد وجد منها . قال الشارحون : وقوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب لأن المرأة إنما تتصرف حكما للتفويض والتفويض بتطليقة بائنة لكونه من الكنايات فتملك الإبانة لاغير ، والأصح من الرواية فهي واحدة ولا يملك الرجعة لأن روايات المبسوط والجامع الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا ، سوى الجامع الصغير لصدر الإسلام فإنه ذكر فيه مثل ماذكر فى الكتاب ، والدليل أيضا يساعد ماذكر فى عامة النسخ ، فإنه ذكر فى الجامع الصغير لقاضيخان ، أما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو أن التطليقة لاتتناول أكثر من الواحدة ، وإنما تكون بائنا لأن العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير بائن لأنه تمليك النفس منها والرجعى لايثبت ملك النفس (وإن قال لها أمرك بيدك فى تطليقة أو اختارى بتطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي تعقب الرجعة) قيل فعلى هذا كان قوله هذا فى التقدير بمنزلة قوله طلقى نفسك ، وقولها اخترت لايصلح جوابا لقوله طلقى نفسك بل يلغو . والجواب أن قولها اخترت إنما لا يصلح جوابا لقوله طلقى لكونه أضعف من الطلاق فإن الزوج يملك الإيقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار ، ولهذا صح بالعكس لكون الطلاق أقوى ، وههنا لم يكن

(قوله قال الشارحون : قوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب) أقول : كيف يكون غلطا من الكاتب وقد علل بما علل به . والجواب أن مرادهم ماوقع فى بعض نسخ الجامع الصغير ولم يذكر فيه تعليل .

(فصل فى الأمر باليد)

[فروع] قال أنت طالق إن شئت واختارى فقالت شئت واخترت يقع ثنتان بالمشيئة والاختيار . ولو قال اختارى اختارى اختارى بألف فقالت اخترت جميع ذلك وقعت الأوليان بلا شيء والثالثة بألف لأنها المقرونة بالبدل كما فى الاستثناء والشروط ، وكذا لو قالت اخترت نفسى اختيارة أو واحدة أو بواحدة. ولو قالت اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة تطلق ثلاثا بألف على قول أبى حنيفة ، وعلى قولهما وقعت واحدة بغير شيء إن قالت اخترت الأولى أو الوسطى ، وبألف إن قالت اخترت الأخيرة. ولو قالت طلقت نفسى بواحدة أو اخترت نفسى بتطليقة فهى واحدة بائنة لأن التطليقة اسم للواحدة فلا يكون جوابا عن الكل بل البعض ، وبعد ذلك تسأل المرأة عن ذلك ، فإن قالت عنيت الأولى أو الثانية وقعتا بلا شيء أو الثالثة بانت بألف . ولو قال اختارى واختارى واختارى بالعطف بألف فالألف مقابل بالثلاث للعطف ، فلو قالت اخترت نفسى بتطليقة لم يقع شيء لأن الواحدة لو وقعت وقعت بثلث البدل ولم يرضه .ولو قالت اخترت الأولى أو الثانية أو الثالثة وقعت ثلاث بألف عنده ، وعندهما لا يقع لأنه لو وقع وقع بثلث الألف . ولو قال لها اختارى من ثلاث تطليقات ماشئت فلها اختيار واحدة أو ثنتين عند أبى حنيفة لا غير لأن من للتبعيض ، وعندهما تملك أن تطلق نفسها ثلاثا لأنها للبيان وهى معروفة .

(فصل فى الأمر باليد)

قدم التخيير لتأيده بإجماع الصحابة ، والأمر باليد كالتخيير فى جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما قدمناه سوى نية الثلاث فإنها تصح ههنا لا فى التخيير . واعلم أن التفويض بلفظ أمرك بيدك لا يعلم فيه خلاف ، وصحته قياس واستحسان . وكذا صحة التفويض بلفظ اختارى نفسك لأنه يملك تطليقها فله أن يملكه بكل لفظ يفهم التفويض منه ، ولفظ اختارى نفسك يفيده ، فعلى هذا إنما يتجه تقديم التفويض بلفظ اختارى لتأيده بإجماع الصحابة رضى الله عنهم نصا ، بخلافه بلفظ الأمر باليد ، فإنه وإن لم يعلم فيه خلاف أحد لم يقع به ذلك النقل صريحا ، وإنما افترق البابان فى القياس والاستحسان فى الإيقاع

أضعف لأن صحة هذا الجواب بالنظر إلى ظاهر كلامه وهو الأمر باليد والاختيار دون مايئول إليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار ، فجاز أن يقع قولها اخترت جوابا له .

(فصل فى الأمر باليد)

أخر فصل الأمر باليد عن فصل الاختيار لأن ذلك مؤيد بإجماع الصحابة رضى الله عنهم . إذا جعل الرجل أمر امرأته بيدها فالحكم فيه كالحكم فى التخيير فى المسائل . قال فى النهاية : إلا أن هذا صحيح قياسا واستحسانا لأن الزوج مالك لأمرها فإنما يملكها بهذا اللفظ ماهو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه اعتبارا بإيقاع

(فصل فى الأمر باليد)

(قوله كالحكم فى التخيير فى المسائل) أقول : يعنى من اشتراط ذكر النفس ، أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك

(وإن قال لها أمرك بيدك ينوى ثلاثا فقالت قد اخترت نفسى بواحده فهى ثلاث) لأن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد لكونه تمليكا كالتخيير ، والواحدة صفة للاختيارة ، فصار كأنها قالت : اخترت نفسى بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث

بلفظ الاختيار ، فإن إيقاعها به إنما يجوز استحسانا بإجماع الصحابة لاقياسا لأن الزوج لايملك الإيقاع به فلا يملك به المملك إذ لايكون مافى ملكه أوسع مما فى ملك مملكه وهذا يتساوى فيه البابان ، فإن إيقاعها بلفظ اخترت نفسى يصح فى جواب أمرك بيدك كما يصح فى اختارى . وأما الإيقاع بلفظ أمرى بيدى ونحوه فلا يصح قياسا ولا استحسانا فلا يحم حول الحمى وترك النزول مخافة (قوله وإن قال لها أمرك بيدك ينوى ثلاثا) أى ينوى التفويض فى ثلاث (فقالت اخترت نفسى بواحدة فهى ثلاث لأن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد) وهنا مقامان الوقوع وكونه ثلاثا والوقوع مبنى على صحته جوابا ، فأفاده بقوله لكونه أى الأمر باليد تمليكا كالتخيير فجوابه جوابه وهو منقوض بطلقى نفسك فإنه تمليك كالتخيير ، ولا يصلح اخترت نفسى جوابا له حتى لايقع به شيء إلا عند زفر رحمه الله . وجواب شمس الأئمة بأن الاختيار أضعف من لفظ الطلاق ، ولذا لو قالت طلقت نفسى فأجازه مبتدأ جاز ، ولو قالت اخترت نفسى لايتوقف ولا يقع وإن أجازه ولا يملك هو الإيقاع به فصلح الأقوى جوابا للأضعف دون العكس لايدفع الوارد على المصنف ، ثم كون الأقوى يصلح جوابا للأضعف بلا عكس يحتاج إلى التوجيه . ويمكن كونه لأن الجواب هو العامل والتفويض شرط عمله فلا يكون دونه بل فائقا أو مساويا . وفرق قاضيخان فى شرح الزيادات بأن قولها اخترت مبهم ، وقوله طلقى نفسك مفسر والمبهم لايصلح جوابا للمفسر وهو مشكل على ماتقدم من تقرير الاكتفاء بالتفسير فى أحد الجانبين ، ثم أفاد الثانى بقوله (والواحدة) أى التى تطقت بها (صفة الاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسى بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث) وكان الظاهر أن يقول باختيارة واحدة لأنه جعلها وصفا لها لكنه قصد التنبيه على أن موجب وقوع الثلاث وصرحت بقولها

الطلاق . وفيه نظر لأنه ذكر فى الاختيار أنه لايملك الإيقاع بهذا اللفظ . حتى لو قال اخترتك من نفسى أو اخترت نفسى منك لايقع شيء وفى الأمر باليد كذلك ، فينبغى أن لايصح قياسا كما فى الاختيار إلا إذا ثبت أنه إذا قال أمرى منك بيدك أو أمرك منى بيدى وقع الطلاق فيندفع (وإذا قال لامرأته أمرك بيدك ينوى بذلك الثلاث فقالت قد اخترت نفسى بواحدة فهى ثلاث) وبيانه يحتاج إلى إثبات صحة جواب الأمر باليد بالاختيار وإلى كيفية الدلالة على الثلاثة ، أما الأول فقد بينه بقوله لأن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد لكونه تمليكا كالتخيير فكانا متساويين فى القوة والضعف فجاز أن يقع جوابا له ، وأما كيفية الدلالة على الثلاثة فلأن الواحدة صفة الاختيارة (فصارت كأنها قالت اخترت نفسى بمرة واحدة) أى باختيارة واحدة بدليل ما بعده وهو قوله وهى فى الأولى الاختيارة . وإنما

مما تقدم سوى نية الثلاث وما إذا قالت اخترت نفسى بتطليقة فى جواب الأمر باليد على ماذكره المصنف (قوله إلا إذا ثبت أنه إذا قال أمرى منك بيدك أو أمرك منى بيدى وقع الطلاق فيندفع) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا ثبت ماذكره لايفيد أيضا ، إذ مخالفة القياس فى التخيير من حيث أن المرأة تطلق بقولها اخترت نفسى فى جواب التخيير ، ولايملك الزوج تطليقه بذلك اللفظ فيكون مافى ملكها أوسع مما فى ملك مملكها وذلك كذلك هنا إذ تطليقها نفسها يكون هنا أيضا بلفظ الاختيار ، ولو قالت فى الجواب أمرى بيدى لاتطلق فليتأمل (قوله لأن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد لكونه تمليكا كالتخيير فكانا متساويين فى القوة والضعف) أقول : فيه أن التخيير مؤيد بالإجماع فيكون أقوى (قوله أى باختيارة واحدة بدليل مابعده) أقول : تعليل لتفسيره .

(ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة) لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو فى الأولى الاختيارة ، وفى الثانية التطليقة إلا أنها تكون بائنة لأن التفويض فى البائن ضرورة ملكها أمرها ، وكلامها خرج جوابًا له فتصير الصفة المذكورة فى التفويض مذكورة فى الإيقاع وإنما تصح نية الثلاث فى قوله أمرك بيدك لأنه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم ،

اختيارة واحدة كون المراد بمرة واحدة ، فإن الاختيارة ليست إلا المرة من الاختيار ، وإذا كان اختيارها بمرة واحدة انتفى الاختيار بعده ، وكونها بحيث لايتصور لها اختيار آخر هو بأن يقع الثلاث ، ويقال فى العرف تركته بمرة واحدة وكرهته بمرة وأعرضت عنه مرة واحدة ، وما لايحصى من هذا لايراد به إلا بلوغ ماقيد به من الترك مثلا والكراهة والإعراض منتهاه . وأورد بعضهم أنه ينبغي أن يقع به طلقة واحدة لأن بواحدة يحتمل كونه صفة طلقة ولما جعل أمرها بيدها فى التطليق فقولها اخترت نفسي بواحدة يحتمل كلا من كون إرادة الموصوف طلقة

عبر عنها بمرة لأن الصيغة الدالة على المرة من الاختيار هى الاختيارة فعبر عنها بمفهومها ، وبذلك : أى بقولها اخترت نفسي بمرة واحدة يقع الثلاث لأن معناه اخترت جميع مافوضت إلى اختيارة واحدة ، وحين نوى الزوج الثلاث فقد فوض إليها ذلك (ولو قالت) يعني فى جواب قوله لها أمرك بيدك (قد طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لأن الواحد نعت لمصدر محذوف) فوجب إثباته على حسب مايدل عليه المذكور السابق ، وهو فى الأولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها ، وفى الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها ، ولا يتوهم التكرار فى قوله وهى فى الأولى الاختيارة مع تقدم قوله والواحدة صفة للاختيارة لأنه إعادة لبيان قرينة المحذوف ، وكأنه قال وهو فى الأولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها فتكون فى الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها إلا أنها تكون بائنة لأن أمرك بيدك من ألفاظ الكناية ، والواقع بها بائن فيما سوى الثلاثة المذكورة فكان التفويض فى البائن ضرورة أنه ملكها أمرها ، فقوله فى البائن خبر إن وتقريره التفويض حصل فى البائن لضرورة أنه ملكها أمرها ، وأن تمليكه إياها أمرها يقتضى البينونة لكون الأمر باليد من ألفاظ الكناية وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة يعني البينونة فى التفويض مذكورة فى إيقاع المرأة كلامها مطابقا لكلامه . فإن قيل : ما الفرق بين قولها اخترت نفسي بتطليقة فى جواب اختارى وبين قوله ذلك فى جواب أمرك بيدك عند المصنف حتى كان الواقع فى الأول رجعيا كما تقدم وفى الثانى بائنا كما ذكره ، وهل هذا إلا دليل على أن ما تقدم كان سهوا من الكاتب كما ذكره الشارحون . فالجواب أن الاختيار القياس فيه أن لايقع به الطلاق وإن نوى الزوج ، إلا أنا استحسناه لإجماع الصحابة ، والإجماع إنما هو فى مجرد الطلاق لا فى البائن فليس فيه مايمنع صريح الطلاق الوارد فى كلامها عن موجبه بخلاف الأمر باليد لأنه من ألفاظ الطلاق قياسا واستحسانا على مانقلنا عن صاحب النهاية فى أول هذا الفصل (وإنما تصح نية الثلاث فى قوله أمرك بيدك دون اختارى لأنه يحتمل العموم والخصوص) قال شيخ الإسلام : الأمر اسم عام يتناول كل شيء ، قال الله تعالى ـ والأمر يومئذ لله ـ أراد به الأشياء كلها ، وإذا كان الأمر اسما عاما

(قوله لأنه إعادة لبيان قرينة المحذوف الخ) أقول : فيه تأمل ، إلا أن يقال : يفهم ذلك من التفصيل والمقابلة (قوله لكون الأمر باليد الخ) أقول : محل بحث ، والأصوب أن يقول وإلا لم تملك أمرها (قوله والإجماع إنما هو فى مجرد الطلاق لا فى البائن فليس فيه مايمنع صريح الطلاق) أقول : فيه بحث ، ألا يرى إلى ماقاله المصنف من أن الواقع بها بائن لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها (قوله قال شيخ الإسلام الأمر اسم عام يتناول كل شيء الخ) أقول : قبل هذا خلط بين الكلامين المتدافعين ، وهل هذا إلا خبط ؟ والجواب أن مراده بقوله اسم

بخلاف قوله اختارى لأنه لايحتمل العموم وقد حققناه من قبل (ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وإن ردت الأمر فى يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الأمر بيدها بعد غد) لأنه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الأمر إذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لايتناول الليل فكانا أمرين فبرد أحدهما لا يرتد الآخر . وقال زفر رحمه الله : هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد . قلنا : الطلاق لايحتمل التأقيت ،

أواختيارة ، فإذا نواها أو لم تكن لها نية تقع واحدة . والجواب أن الاحتمالين لم يتساويا ، فإن خصوص العامل اللفظى قرينة خصوص المقدر وهوهنا لفظ اخترت فى قولها اخترت نفسى بواحدة ، بخلاف ما إذا أجابت بطلقت نفسى بواحدة حيث تقدر الطلقة وهو بخصوص العامل أيضا ، وبهذا وقع الفرق بين جوابها بطلقت نفسى بواحدة حيث يقع واحدة بائنة واخترت نفسى بواحدة حيث يقع ثلاث ، وإنما كان التطليقة بائنة لأن التفويض إنما يكون فى البائن لأنها به تملك أمرها وإنما تملكه بالبائن لابالرجعى ، وإذا علم أن الأمر باليد مما يراد به الثلاث ، فإذا قال الزوج نويت التفويض فى واحدة بعد ماطلقت نفسها ثلاثا فى الجواب يحلف أنه ما أراد به الثلاث (قوله وقد حققناه من قبل) أى فى فصل الاختيار بقوله الاختيار لايتنوع (قوله ولوقال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل إلى آخره) حاصله أن قوله اليوم وبعد غد واليوم وغدا يفترقان فى حكمين : أحدهما أنها لواختارت زوجها اليوم وخرج الأمر من يدها فيه تملكه بعد الغد ، والثانى عدم ملكها فى الليل . وفى اليوم وغدا لو اختارت زوجها اليوم لاتملك طلاق نفسها غدا : أى نهارا وتملكه ليلا ، والفرق مبنى على أنه تمليك واحدة فى اليوم وغدا وتمليكان فى اليوم وبعد غد . وجعله زفر رحمه الله فى الكل تمليكا واحدا فى اليوم وبعد غد ، فلم يثبت الخيار بعد الغد إذا ردته اليوم قياسا على طلقى نفسك اليوم وبعد غد حيث يقع الطلاق واحدا فكذا يكون هنا أمر واحد وعلى أمرك بيدك اليوم وغدا . قلنا الطلاق لايحتمل التأقيت ، وإذا وقع تصير به طالقا فى جميع العمر فذكر بعد غد وعدمه سواء لايقتضى طلاقا آخر ، أما الأمر باليد فيحتمله فيصح ضرب المدة له غير أن عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزمن مماثل لهما ظاهرا فى قصد تقييد الأمر المذكور بالأول ، وتقييد أمر آخر بالثانى وإلا لم تكن لهذه الطفرة معنى ، وإذا كان كذلك يصير لفظ يوم مفردا غير مجموع إلى مابعده فى الحكم المذكور لأنه صار عطف جملة : أى أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد . ولو قال أمرك بيدك اليوم لايدخل الليل ، بخلاف

صلح اسما لكل فعل ، فإذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فيكون نية الثلاث نية التعميم (بخلاف قوله اختارى لأنه لايحتمل العموم وقد حققناه من قبل) يعنى فى فصل الاختيار بقوله لأن الاختيار لايتنوع . وقوله (ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل) حتى لو اختارت نفسها فى الليل لايقع الطلاق (وإن ردت الأمر فى يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الأمر فى يدها بعد غد لأنه صرح بذكر وقتين) يعنى اليوم وبعد غد (بينهما وقت من جنسهما) يعنى الغد (لم يتناوله الأمر) فإنها لو اختارت نفسها فى الغد لاتطلق فكانا أمرين (فبرد أحدهما لا يرتد الآخر) وهذا دليل كون الأمر بيدها بعد غد بعد رده فى اليوم . وقوله (إذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لايتناول اليوم) دليل قوله لم يدخل فيه الليل وهو

عام يتناول كل شىء هو التناول على سبيل البدل وإرادة الأشياء كلها من قوله تعالى ـ والأمر يومئذ لله ـ بواسطة الألف واللام الاستغراقية ، والمراد من قوله صلح اسما لكل فعل صلح إطلاقه لكل فعل .

والأمر باليد يحتمله ، فيوقت الأمر بالأول وجعل الثانى أمرا مبتدأ (ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل فى ذلك ، فإن ردت الأمر فى يومها لايبقى الأمر فى يدها فى غد) لأن هذا أمر واحد لأنه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لاينقطع فصاركما إذا قال أمرك بيدك فى يومين . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنها إذا ردت الأمر فى اليوم لها أن تختار نفسها غدا لأنها لاتملك رد الأمر كما لاتملك رد الإيقاع .

اليوم وغدا فإنه لم يفصل بينهما بيوم آخر لتقوم الدلالة على القصد المذكور فكان جمعا بحرف الجمع فى التمليك الواحد فهو كقوله أمرك بيدك فى يومين ، وفى مثله تدخل الليلة المتوسطة استعمالا لغويا وعرفيا ، على أن على ماروى ابن رستم من أنه إذا قال أنت طالق اليوم وبعد غد تطلق طلاقين ، بخلاف اليوم وغدا يمتنع قياسه . وأيضا فى طالق اليوم وبعد غد يثبت فيه الحكم فى الغد لأنها طالق فيه أيضا ، بخلاف أمرك بيدك اليوم وبعد غد فإن الاتفاق على أن لاخيار لها فى الغد فلم يلحق به من كل وجه ، وقول المصنف وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لا اعتبار به تعليلا لدخول الليل فى التمليك المضاف إلى اليوم وغد لأنه يقتضى دخول الليل فى اليوم المفرد لذلك المعنى : أعنى أنه قد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع (قوله وعن أبى حنيفة فى مسئلة أمرك بيدك اليوم وغدا أنها إذا ردت الأمر فى اليوم لها أن تختار نفسها غدا) رواه أبو يوسف عنه ، ووجهه أن المرأة لاتملك رد إيقاع الزوج لو نجز ، فكذا لاتملك رد الأمر لأنه تمليك يثبت حكمه لها من الملك بلا قبول كالإيقاع منه وحاصله أن ردها لغو ، فالحال كما كان فلها أن تختار نفسها فى الغد ، ومقتضى هذا أن لها أن تختار نفسها فى اليوم الذى ردت فيه أيضا فصار كقيامها عن المجلس بعد ما خيرها فى اليوم وغدا واشتغالها بعمل آخر حيث لايخرج الأمر من يدها . وتحقيق وجه الظاهر أن ثبوت هذا الملك مغيا شرعا بأحد الأمور من انقضاء مجلس العلم أو الخطاب بلا اختيار شىء أو بفعل مايدل على الإعراض أو اختيارها زوجها ، فإذا ردت باختيارها زوجها خرج ملك الإيقاع عنها فلا تملك اختيار نفسها بعد ذلك ، ويضاف توقيت التمليك بهذه إلى الإجماع على خلاف القياس مع أن توقيته فى الجملة ثابت شرعا كما فى الإجارة . والأوجه تشبيهه بالعارية لوجهين : كونه بلا عوض والعارية تمليك المنفعة بلا عوض . والثانى أن توقيتها ليس بمدة معينة لأن انقضاء المجلس ليس مضبوط الكمية إذ قد يمتد يوما ويوما أو أكثر ، وكذا اختيارها زوجها وفعل مايدل على الإعراض بخلاف الإجارة . وأما تقريره بأن المخير بين أمرين إنماله اختيار أحدهما فكما أنها إذا اختارت نفسها ليس لها أن تختار زوجها فتعود إلى النكاح كذلك إذا اختارت

كما ترى الإدلاج ملبس وإن كان ظاهرا . وقال زفر : هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد فى كون أحدهما معطوفا على الآخر من غير تكرار لفظ الأمر . وقلنا : الفرق بينهما ظاهر ، وهو أن الطلاق لايحتمل التأقيت فكانت الطالق اليوم طالقا غدا وبعد غد وغيره ، وأما الأمر باليد فإنه يحتمله ، وذكر وقتين غير متصل أحدهما بالآخر لتخلل وقت بينهما غير مذكور فيوقت بالأول ، وجعل الثانى أمرا مبتدأ كأنه قال وأمرك بيدك بعد غد (ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل فى ذلك) وكلامه ظاهر . وقوله (لأنها لاتملك رد الأمر كما لاتملك رد الإيقاع) معناه ليس للمرأة أن ترد الأمر باليد الذى صدر من زوجها بأن تقول لاأقبل كما أنه ليس

(قوله معناه ليس للمرأة أن ترد الأمر باليد الخ) أقول : هذا لايدل على أنه ليس لها أن ترد إذا اختارت زوجها ، والكلام فيه فليتأمل .

وجه الظاهر أنها إذا اختارت نفسها اليوم لايبقى لها الخيار فى الغد ، فكذا إذا اختارت زوجها برد الأمر لأن المخير بين الشيئين لايملك إلا اختيار أحدهما . وعن أبى يوسف رحمه الله أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا أنهما أمران لما أنه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ماتقدم

زوجها ليس لها أن تختار نفسها فلا يفصح عن جواب النكتة التى هى مبنى جواز اختيارها نفسها : أعنى أن الملك بعد ثبوته لايرتد بالرد إنما يرتد شطر التمليك ، وقد قلنا إن هذا التمليك يثبت الملك بلا قبول ، وقد ظهر من وجه الظاهر حمل الرد المذكور فى رواية أبى يوسف على اختيارها زوجها ، ولا شك أنها لاتتعرض لما به الرد فيمكن حمل ردها على كونه بما يكون بلفظ الرد ونحوه بأن تقول عقيب الملك بتخييرها رددت التفويض أو لا أطلق ، ويكون هذا إعطاء لنفس هذا الحكم ويكون هو مستند مافرّع فى الذخيرة حيث قال : لو جعل أمرها بيدها أو بيد أجنبى يقع لازما فلا يرتد بردها والمسئلة مروية عن أصحابنا ، وبما ذكرنا تندفع المناقضة الموردة فى الأمر باليد حيث صرح فى الرواية أنه لايرتد بالرد ، وفى الكتاب أنه يرتد : أعنى فى قوله أمرك بيدك اليوم وغدا ، وإن ردت الأمر فى يومها لايبقى الأمر فى يدها ، فإن المراد بردها هنا اختيارها زوجها اليوم ، وحقيقته انتهاء ملكها ، وهناك المراد أن تقول رددت فلم يبق تدافع ، لكن الشارحون قرروا ثبوت التدافع فى ذلك حيث نقلوا أنه لايرتد ونقلوا أنه يرتد بالرد . ووفقوا بأنه يرتد بالرد عند التفويض ، وأما بعده فلا يرتد كما إذا أقرّ بمال لرجل فصدقه ثم رد إقراره لايصح . وحاصله أنه كالإبراء عن الدين ثبوته لايتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى الإسقاط أو التمليك . أما الإسقاط فظاهر ، وأما التمليك فقال تعالى ـ وأن تصدقوا خير لكم ـ سمى الإبراء تصدقا . ومما وقع فى هذا الباب من المناقضة ماذكر فى الفصول : لو قال لامرأته أمرك بيدك ثم طلقها بائنا خرج الأمر من يدها ، وقال فى موضع آخر : لايخرج وإن كان الطلاق بائنا . ووفق بأن الخروج فيما إذا كان منجزا وعدمه إذا كان معلقا مثل أن قال أكر ترابزنم فأمرك بيدك ثم طلقها بائنا أو خالعها ثم تزوّجها ثم وجد الشرط يصير الأمر بيدها ، ولو طلقها ثلاثا ثم تزوّجها بعد زوج آخر ثم ضربها لا يصير بيدها ومن المناقضة تصريحهم بصحة إضافته كما فى المسئلة الآتية إذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان ، وسيأتى الكلام فيها (قوله وعن أبى يوسف أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا أنهما أمران) حتى لواختارت زوجها اليوم لها أن تطلق نفسها غدا ، لأنه يثبت لها فى الغد تخيير جديد بعد ذلك التخيير المنقضى باختيارها الزوج . قال السرخسى : وهو صحيح لأنه لما ذكر لكل وقت خبرا عرف أنه لم يرد اشتراك الوقتين فى خبر واحد ، والأصل استقلال كل كلام. وذكر قاضيخان هذه ولم يذكر فيها خلافا ، فلم يبق تخصيص أبى يوسف إلا لأنه مخرج الفرع المذكور . واعلم أنه يتفرع على هذا عدم جواز اختيارها نفسها ليلا فلا تغفل عنه لأنه أثبت لها فى يوم مفرد ولا يدخل الليل ، والثابت فى اليوم الذى يليه بأمر آخر كقوله أمرك بيدك اليوم حيث يمتد إلى الغروب فقط ، بخلاف قوله أمرك بيدك فى اليوم إنما يتقيد بالمجلس وهو على ماقدمناه من الأصل فى أنت طالق غدا وفى غد . وفى جامع التمرتاشى : أمرك بيدك اليوم غدا بعد غد فهو أمر واحد فى ظاهر الرواية لأنها أوقات مترادفة ، فصار كقوله أمرك بيدك أبدا فيرتد بردها

لها أن ترد الإيقاع الذى أوقعه زوجها عليها بقوله أنت طالق ، وإذا كان كذلك كان الأمر باقيا فى الغد كما كان وكان لها أن تختار نفسها غدا . وقوله (وجه الظاهر) ظاهر وكذا قوله (وعن أبى يوسف أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم) قال شمس الأئمة : هذه هى الرواية الصحيحة ، وجعل قاضيخان هذه الرواية أصل الرواية ولم يذكر خلاف أحد ،

(وإن قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها) لأن الأمر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضى بانقضاء وقته (وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالأمر فى يدها مالم تأخذ فى عمل آخر) لأن هذا تمليك التطليق منها (لأن المالك من يتصرف برأى نفسه وهى بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه)

مرة ، وعن أبى حنيفة ثلاثة أمور لأنها أوقات حقيقة (قوله وإذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان صح) ولها أن تطلق نفسها يوم يقدم ، وهذا أيضا مما يفارق به سائر التمليكات فإنها لاتصح إضافتها ولا تعليقها بخلاف هذا لأنه إنما هو تمليك فعل فلا يقتضى لوازم تمليكات الأعيان كما تقدم ، وقد يخرج على أنه فى معنى التعليق. فإن قيل : يخالفه مافى شرح الزيادات لقاضيخان : لو قال أمرك بيدك فطلقى نفسك ثلاثا للسنة أو ثلاثا إذا جاء غد فقالت فى المجلس اخترت نفسى طلقت ثلاثا للحال . ولو قامت عن مجلسها قبل أن تقول شيئا بطل لأن قوله فطلقى نفسك ثلاثا تفسير للأمر والأمر باليد يحتمل الثلاث ، أما لايحتمل التعليق والإضافة إلى وقت السنة لأن الأمر باليد يقتضى المالكية ، والأمر على هذا الوجه لايفيد البينونة فى الحال فلا تثبت المالكية ، ولهذا لو قال أمرك بيدك ونوى السنة أو التعليق لايصح ، فإذا ألحقه بما كان تفسيرا يثبت مايحتمله وهو الثلاث ولا يثبت مالايحتمله وهو السنة والتعليق . فالجواب أن معنى هذا الاحتمال احتمال لفظ التنجيز للتعليق لأنه ليس من أفراده ولا متعلقا به بعد ماذكر أن قوله فطلقى نفسك ثلاثا للسنة أو إذا جاء غد تفسير لذلك التفويض فكان التعليق مرادا بلا لفظ ، ثم لو لم تعلم بقدومه حتى انقضى يوم قدومه ودخل الليل فلا خيار لها لأن الأمر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على النهار لاعلى الوقت مطلقا . وقد حققناه من قبل : يعنى فى آخر فصل إضافة الطلاق ، وإنما لم يعتبر القدوم فيحمل اليوم على الوقت مطلقا لأنه غير ممتد لما حققناه هناك من أن المعتبر امتداده وعدمه هو المضاف لأنه المقصود (قوله وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالأمر فى يدها مالم تأخذ فى عمل آخر ، لأن هذا تمليك التطليق منها لأن المالك من يتصرف برأى نفسه وهى بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه) أى فى أول

وقوله (وإن قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها) ظاهر مما قدمناه فى آخر فصل إضافة الطلاق وإليه أشار بقوله وقد حققناه من قبل . وقوله (فيتوقت به) أى بالنهار ثم ينقضى بانقضائه (وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوما لم تقم فالأمر فى يدها ما لم تأخذ فى عمل آخر لأن هذا تمليك التطليق منها لأن المالك من يتصرف برأى نفسه) وهذه تتصرف برأى نفسها فهى مالكة والتمليك يقتصر على المجلس (وقد بيناه) يعنى فى فصل الاختيار من قوله : التمليكات تقتضى جوابا فى المجلس كما فى البيع . قيل فيه نظر لأنه قال قبل هذا إذا قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل فى ذلك ، وذلك يقتضى أن الأمر بيدها لايبطل فى يومين وإن قامت عن المجلس ، لأنه لو بطل بالقيام عن المجلس لم يكن لتقييده بيومين فائدة ، لأن المرأة إذا لم تقم من مجلسها يوما أو أكثر لايخرج الأمر من يدها ، وهذا يقتضى أن يقتصر على المجلس وبينهما تناف

(قال المصنف لأن المالك من يتصرف برأى نفسه وهى بهذه الصفة) أقول : قال ابن الهمام : منقوض بالوكيل فإنه أيضا يتصرف برأى نفسه . والوجه المشهور فيه قولهم هو الذى يتصرف لنفسه وكأنه تركه للعلم بأن التفويض إلى الأجنبى تمليك وهو لايتصرف لنفسه انتهى وفيه بحث (قوله وهذا يقتضى الخ) أقول : يعنى قوله هناك والتمليك يقتصر على المجلس (قوله وبينهما تناف) أقول : وبالله المستعان أن فقول المرأة اخترت

ثم إن كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك ، وإن كانت لاتسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر إليها لأن هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ، ولا يعتبر مجلسه لأن التعليق لازم فى حقه ، بخلاف البيع لأنه تمليك محض لايشوبه التعليق ، وإذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول

فصل الاختيار والذى ذكره هناك هو أن التمليك يستدعى جوابا فى المجلس ، ولم يستدل على أنه تمليك ، واستدل هنا عليه بقوله لأن المالك هو الذى يتصرف برأى نفسه . والوجه المشهور فيه قولهم هو الذى يتصرف لنفسه ، وإلا فالوكيل يتصرف برأى نفسه ، وكأنه تركه للعلم بأن التفويض إلى الأجنبى تمليك وهو لايتصرف لنفسه ، وسنحقق ماذكر فى ذلك ليندفع الوكيل فى المشيئة إن شاء الله تعالى ، وقدمنا ما فى قوله يستدعى جوابا فى المجلس ، فالصواب إسناد الاقتصار على المجلس إلى إجماع الصحابة حيث قالوا لها فى المجلس (قوله ثم إن كانت تسمع) أى تسمع لفظه بالتخيير (اعتبر مجلسها ذلك) أى مجلس سماعها (وإن كانت لاتسمع فمجلس علمها) على ماذكرناه (لأن هذا تمليك يفيد معنى التعليق) أما أنه تمليك فلما تقدم من أنها عاملة لنفسها ، وأما أن فيه معنى التعليق فلأن الإيقاع وإن كان من غير الزوج إلا أن الوقوع مضاف إلى معنى من قبل الزوج فكأنه قال إن طلقت نفسك فأنت طالق فيثبت للتفويض أحكام تترتب على جهة التمليك وأحكام على جهة التعليق ، والظاهر أن كلها مما يمكن ترتبها على التمليك ، فصحة التوقيت على أنه تمليك منفعة ، وقدمنا أن إلحاقه بالعارية أقرب . ثم من صور التوقيت مايوجب التوقف على ما وراء المجلس كأن يقول أمرك بيدك شهرا أو جمعة فيعتبر ابتداؤه من وقت التفويض وليس هذا التوقف سوى امتداد الملك الذى تحقق فى الحال ، وكذا عدم صحة الرد بعد سكوته أوّل الأمر بناء عليه لأنه بناء على ثبوت الملك الثابت بالتمليك على ماذكرنا أنه لايحتاج إلى القبول ، وأما اقتصاره على المجلس فى التفويض المطلق فتقدم قول المصنف أنه تمليك وهو يستدعى جوابا فى المجلس ، وتقدم أن الجواب الذى يستدعيه التمليك فى المجلس القبول وليس الكلام فيه ، بل امتداده فى تمام المجلس أثر الملك وارتفاعه بعده ، ونفس اقتصاره عليه

(ثم إن كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك) أى الذى سمعت فيه (وإن كانت لاتسمع) لغيبة أو لصمم (فمجلس علمها) وبلوغ الخبر إليها لأن هذا تمليك فيه معنى التعليق ، وما هو كذلك يتوقف على ماوراء المجلس ، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ، وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك فأنت طالق ، وفيه نظر لأن التمليك لايحتمل التوقيت والتعليق كذلك ، والأمر باليد يشتمل على معنيهما على ماذكرتم فكيف يكون محتملا له ؟ وأجيب بأن التمليك الذى هو معتبر فيه من باب التمليك المنافع كالإجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت ، وإذا صح التوقيت بهذا الاعتبار صار الأمر بيدها فى المدة التى وقتها ، فلو بطل الأمر بقيامها عن المجلس لم يكن للتأقيت فائدة ، وبهذا خرج الجواب عن النظر المتقدم أيضا . وأما من حيث التعليق فلا يحتمل التوقيت ، فإذا كان الأمر باليد

نفسى مثلا فى جواب التفويض جهتين : جهة كونه جوابا لقول الزوج ، وجهة كونه ملكا له ، فإن الذى يملكها الزوج هو هذا القول ، فإن كان التفويض مطلقا اعتبر كونه جوابا فلا بد منه فى المجلس ، وإذا قيد بالوقت اعتبر كونه ملكا ولم يقتصر على المجلس توفيرا للجهتين حظهما فليتأمل ، ولايمكن تأويل كلام الشارح بما ذكرنا لما أسلفه فى أوائل فصل الاختيار (قوله وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك فأنت طالق) أقول : الأصوب أن يقول : إن طلقت أو اخترت نفسك فأنت طالق ، وإلا فعلى ماذكره الشارح إذا قالت فى الجواب أردت طلاق ينبغى أن تطلق ، إلا أن يكون مراده الإرادة المقارنة للفعل وتلك لاتكون إلا بتلفظها بالطلاق (قوله يشتمل على معنيهما)

ومرة بالأخذ فى عمل آخر على ما بينا فى الخيار، ويخرج الأمر من يدها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض، إذ القيام يفرق الرأى ، بخلاف ما إذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ فى عمل آخر لأن المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى إلى أن يوجد ما يقطعه أو مايدل على الإعراض . وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به . وقوله مالم تأخذ فى عمل آخر يراد به عمل يعرف أنه قطع لما كان فيه لامطلق العمل (ولو كانت قائمة فجلست فهى على خيارها) لأنه دليل الإقبال فإن القعود أجمع للرأى(وكذا إذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت) لأن هذا انتقال من جلسة إلى جلسة فلا يكون إعراضا ، كما إذا كانت محتبية فتربعت . قال رضى الله عنه : هذا رواية الجامع الصغير ، وذكر فى غيره أنها إذا كانت قاعدة فاتكأت لاخيار لها لأن الاتكاء إظهار التهاون بالأمر فكان إعراضا ،

بإجماع الصحابة . فإن قلت : قد وقع فى كلام بعضهم أن تطليقها نفسها قبول ، قلنا : لايتم إذ هو التصرف المتفرع على ثبوت ملكه له . أما عدم صحة الرجوع من الزوج فيناسب كلا من التعليق والتمليك، لأنه لو ثبت يلزم بلاقضاء ولا رضا ، فقد ظهر أن جميع الآثار يصح ترتبها على جهة الملك هنا ، ولا حاجة إلى اعتبار جهة التعليق، وقولهم كأنه قال إذا طلقت نفسك فأنت طالق يمكن إجراؤه فى الوكالة كأنه قال إذا بعت متاعى فقد أجزت بيعك ، والولاية كأن الإمام قال له إذا قضيت فقد أنفذت قضاءك كما قدمنا ، والاعتبارات التى لا أثر لها كثيرة فى دائرة الإمكان (قوله وقوله) أى قول محمد رحمه الله تعالى (مالم تأخذ فى عمل آخر يراد به أنه عمل يعرف أنه قطع لما كانت فيه) فلو لبست من غير قيام أو أكلت قليلا أو شربت أو قرأت قليلا أو سبحت أو قالت ادع إلى أبى أستشيره أو الشهود وما أشبهه مما هو عمل الفرقة من غير أن تقوم فى التفويض المطلق لم يبطل خيارها ، وما ذكر من هذا مثله فى قوله اختارى وطلقى نفسك وأنت طالق إن شئت ، وكذا إذا قال لأجنبى أمر امرأتى بيدك أو طلقها إذا شئت أو إن شئت أو أعتق عبدى إذا شئت ، بخلاف قوله بعه إن شئت لايقتصر على المجلس لأن البيع لايحتمل التعليق . ولو اغتسلت أو امتشطت أو اختضبت أو جامعها يبطل . وذكر المرغينانى إن لم تجد من يدعو الشهود فقامت لتدعو ولم تنتقل، قيل لايبطل خيارها لعدم ما يدل على الإعراض ، وقيل يبطل للتبدل ولا تعذر فيه كما لاتعذر فيا إذا أقيمت كرها ، وقيل إذا لم تنتقل لم يبطل ، وإن انتقلت ففيه روايتان ، ولو نامت وهى قاعدة أو كانت تصلى المكتوبة أو الوتر فأتمها أو النفل فأتمت ركعتين لايبطل خيارها ، ولو قامت إلى الشفع الثانى بطل إلا فى سنة الظهر عن محمد وهو الصحيح ، ولو قال أمرك بيدك فقالت لم لاتطلقنى بلسانك فطلقت نفسها طلقت لأن قولها لم لاتطلقنى ليس ردا فتملك بعده الطلاق . قيل فيه نظر لأن قولها لم الخ كلام زائد فيتبدل به المجلس ،

مطلقا عن التوقيت اعتبرنا جانب التمليك ، فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم مايدل على وقت معين ، واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الإيجاب إلى ما وراء المجلس إذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر الإمكان ، ولا يعتبر مجلسه، حتى لو قام وهى جالسة ، فالخيار باق لأن التعليق حينئذ لازم فى حقه حتى لايقدر على الرجوع لكونه تصرف يمين من جانبه ، بخلاف البيع حتى يعتبر مجلسهما جميعا. فإن أيهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع لأنه تمليك محض لايشوبه التعليق ، ولهذا لو رجع أحدهما عن كلامه قبل قبول الآخر جاز إذا اعتبر مجلسها ، فالمجلس تارة يتبدل بالتحول : يعنى إلى مجلس آخر ، ومرة بالأخذ فى عمل آخر على ماييناه فى الخيار ، يعنى فى قوله إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة إلى آخره . وقوله (ويخرج الأمر من يدها) ظاهر . وقوله (وليس للتقدير به) أى باليوم لأنه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها مايدل على الإعراض فهو باق ، والمراد بقوله وقوله قول محمد فى الجامع الصغير . وقوله (ولو كانت قائمة فجلست) ظاهر

أقول : يعنى التمليك والتعليق (قوله فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم مايدل على وقت معين الخ) أقول : هذا لايدل على الاقتصار على المجلس إذ يجوز أن يتأبد كما فى البيع فإن حكمه متأبد ، ولا مخلص إلا بما ذكرنا .

والأول هو الأصح . ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن أبي يوسف رحمه الله (ولو قالت ادع أبي أستشيره أو شهود أشهدهم فهي على خيارها) لأن الاستشارة لتحرى الصواب والإشهاد للتحرز عن الإنكار فلا يكون دليل الإعراض (وإن كانت تسير على دابة أو فى محمل فوقفت فهي على خيارها ، وإن سارت بطل خيارها) لأن سير الدابة ووقوفها مضاف إليها (والسفينة بمنزلة البيت) لأن سيرها غير مضاف إلى راكبها ، ألا ترى أنه لا يقدر على إيقافها وراكب الدابة يقدر .

(فصل فى المشيئة)

(ومن قال لامرأته طلقى نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسى فهى واحدة رجعية ،

وفيه نظر لأن الكلام المبدل للمجلس ما يكون قطعا للكلام الأول وإفاضته فى غيره ، وليس هذا كذلك بل الكل متعلق بمعنى واحد وهو الطلاق (قوله والأول أصح) أى ماذكر فى الجامع الصغير أصح مما ذكر فى غيره وهو الأصل ، لأن من حزبه أمر قد يستند لأجل التفكر لأن الاستناد والاتكاء سبب للراحة كالقعود فى حق القائم ولأنه نوع جلسة فلا يتغير به الثابت للجالس (قوله وإن سارت بطل) قيل لو اختارت نفسها مع سكوته والدابة تسير طلقت لأنها لا يمكنها الجواب بأسرع من ذلك فلا يتبدل حكما ، وهذا لأن اتحاد المجلس إنما يعتبر ليصير الجواب متصلا بالخطاب وقد وجد إذا كان من غير فصل ، ولا فرق بين كون الزوج معها على الدابة أو المحمل أو لا ، ولو كانت راكبة فنزلت أو تحولت إلى دابة أخرى أو كانت نازلة فركبت بطل خيارها ، وفى المحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل ذكره فى الغاية لأنه والحالة هذه كالسفينة (قوله والسفينة كالبيت لأن سيرها غير مضاف إلى راكبها) بل إلى غيره من الريح ودفع الماء فيما له جرية كالنيل فلا يبطل الخيار بسيرها بل يتبدل المجلس . وعن أبي يوسف أن السفينة إذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها .

(فصل فى المشيئة)

(قوله ومن قال لامرأته طلقى نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسى فهى واحدة رجعية

وقوله (والأول) أى رواية الجامع (أصح) لأن من حزبه أمر قد يستند للتفكر لما أن الاستناد سبب للراحة كالقعود . وقوله (ففيه روايتان عن أبي يوسف) فى رواية الحسن عنه لا تبطل ، وفى رواية الحسن بن أبي مالك عنه تبطل وهو قول زفر . ووجه الروايتين مندرج فيما ذكرناه : قيل خص أبا يوسف بالذكر وإن احتمل أن يكون قول صاحبيه كذلك لأنهما نقلا عنه . وقوله (ولو قالت ادع أبي أستشيره) ظاهر . وقوله (والسفينة بمنزلة البيت) يعنى أنها إذا سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر .

(فصل فى المشيئة)

قد تقدم وجه تقديم الاختيار وبعده السؤال عن تقدم الأمر باليد والمشيئة دورى فيسقط (ومن قال لامرأته طلقى نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسى فهى واحدة رجعية ،

(فصل فى المشيئة)

وإن طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) وهذا لأن قوله طلقى معناه افعلى فعل التطليق . وهو اسم جنس فيقع على الأدنى مع احتمال الكل كسائر أسماء الأجناس . فلهذا تعمل فيه نية الثلاث ، وينصرف إلى واحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لأن المفوّض إليها صريح الطلاق . ولو نوى الثنتين لاتصح لأنه نية العدد إلا إذا كانت المنكوحة أمة لأنه جنس فى حقها (وإن قال لها طلقى نفسك فقالت أبنت نفسى طلقت) ولو قالت قد اخترت نفسى لم تطلق لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق ؛ ألاترى أنه لو قال لامرأته أبنتك ينوى به الطلاق أو قالت أبنت نفسى فقال الزوج قد أجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض فى الأصل إلا أنها زادت فيه وصفا وهو

وإن طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها)سواء أوقعتها بلفظ واحد أومتفرقا وإنما صح إرادة الثلاث (لأن قوله طلقى نفسك معناه افعلى فعل التطليق) فهو مذكور لغة لأنه جزء معنى اللفظ فصح نية العموم غير أن العموم فى حق الأمة ثنتان وفى حق الحرة ثلاث وقد تقدم (قوله وإن قال لها طلقى نفسك فقالت أبنت نفسى طلقت) أى رجعيا ، ولو قالت اخترت نفسى لم تطلق . وحاصل الفرق بين صحة الجواب بأبنت وعدمه باخترت أن المفوّض الطلاق ، والإبانة من ألفاظه التى تستعمل فى إيقاعه كناية فقد أجابت بما فوّض إليها . بخلاف الاختيار لأنه ليس من ألفاظ الطلاق لا صريحا ولا كناية ، ولهذا لو قالت أبنت نفسى توقف على إجازته ؛ ولو قالت اخترت نفسى فهو باطل ولا تلحقه إجازة ، وإنما صار كناية بإجماع الصحابة رضى الله عنهم فيما إذا جعل جوابا للتخيير ، غير أنها زادت وصف تعجيل البينونة فيه فيلغو الوصف ويثبت الأصل . لايقال : قد صح جوابا للأمر باليد . لأنا نقول : الأمر باليد هو التخيير معنى فيثبت جوابا له بدلالة نص إجماعهم على التخيير . وهذا لأن قوله أمرك بيدك ليس معناه إلا أنك مخيرة فى أمرك الذى هو الطلاق بين إيقاعه وعدمه . فحيث جعل جوابا للتخيير بلفظ التخيير كان جوابا للتخيير بمرادفه للعلم بأن خصوص اللفظ ملغى . بخلاف طلقى لأنه وضعا طلب الطلاق لا التخيير بينه وبين عدمه ، ثم إذا أجابت باخترت نفسى خرج الأمر من يدها باشتغالها بما لايعنيها فى ذلك الأمر . وعن أبى حنيفة أنه لايقع بجوابها بأبنت نفسى لأنها أتت بغير مافوض إليها ، لأن الإبانة تغاير الطلاق

وإن طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن)سواء طلقت جملة أو متفرقة .وقوله(لأن قوله طلقى)ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشيئة أولى (وإن قال لها طلقى نفسك فقالت أبنت نفسى طلقت ، ولو قالت قد اخترت نفسى لم تطلق)والفرق بينهما ماذكره فى الكتاب أن الإبانة من ألفاظ الطلاق لأنها وضعت لقطع وصلة النكاح ؛ ألا ترى أنه لو قال أبنتك ينوى الطلاق أو قالت أبنت نفسى فقال الزوج قد اخترت ذلك بانت وألفاظ الطلاق توافق مافوّض إليها لكونه تطليقا فكانت الإبانة موافقة للتفويض فى الأصل . وإذا كان الجواب موافقا للسؤال من حيث الأصل كان صحيحا من حيث الأصل إلا أنها زادت فيه : أى فى الجواب وصفا وهو تعجيل الإبانة لأن الرجعة إنما تفيد الإبانة بعد انقضاء العدة ، فإما أن يبطل الأصل لأجل مازيد فيه من الوصف ، أو يلغو الوصف لرعاية الأصل ، وإلغاء الوصف لتصحيح الأصل أولى فيصار إليه كما لو قالت فى جواب طلقى

(قوله لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسألة فيها ذكر المشيئة أولى) قول : إنما ابتدأ به لأن ماذكر فيه المشيئة مما لم يذكر فيها بمنزلة المركب من المفرد ، وبه أيضا يظهر وجه ذكر هذه المسألة وأمثالها فى هذا الفصل فليتأمل (قوله فكان الابتداء فيه بمسألة الخ) يعنى ويذكر مالم يذكر فيها المشيئة بعدها على سبيل التبع والاستطراد (قوله لأنها وضعت لقطع وصلة النكاح) أقول : فيه بحث (قوله وألفاظ الطلاق توافق مافوض إليها لكونه الخ) أقول : ضمير لكونه راجع إلى ما .

تعجيل الإبانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الأصل ، كما إذا قالت طلقت نفسى تطليقة بائنة . وينبغى أن تقع تطليقة رجعية ، بخلاف الاختيار لأنه ليس من ألفاظ الطلاق ؛ ألا ترى أنه لو قال لامرأته اخترتك أو اختارى ينوى الطلاق لم يقع ، ولوقالت ابتداء اخترت نفسى فقال الزوج قد أجزت لايقع شىء إلا أنه عرف طلاقا بالإجماع إذا حصل جوابا للتخيير ، وقوله طلّقى نفسك ليس بتنجيز فيلغو . وعن أبى حنيفة أنه لايقع شىء بقولها أبنت نفسى لأنها أتت بغير مافوض إليها إذ الإبانة تغاير الطلاق (ولو قال لها طلّقى نفسك فليس له أن يرجع عنه) لأن فيه معنى اليمين لأنه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ، ولو قامت عن مجلسها بطل لأنه تمليك ، بخلاف ما إذا قال لها طلّقى ضرتك لأنه توكيل وإنابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

لحصول كل منهما دون الآخر ، ويخرج الأمر من يدها كما يخرج بقولها اخترت ؛ وصار كما لو قال طلّقى نفسك نصف تطليقة فطلقت تطليقة أو قال ثلاثا فطلقت ألفا لايقع شىء . والجواب أنها خالفته فيهما فى الأصل ، فى الأولى ظاهر وكذا فى الثانية ، لأن الإيقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف على ماتقدم فيكون خلافا معتبرا ، بخلاف مانحن فيه لأنها خالفت فى الوصف بعد موافقتها فى الأصل فلا يعد خلافا إذ الوصف تابع . واعلم أن المسئلتين ذكرهما التمرتاشى ، والخلاف فيهما فى الأصل إنما هو باعتبار صورة اللفظ ليس غيره ، إذ لو أوقعت على الموافقة : أعنى الثلاث والنصف كان الواقع هو الواقع بالتطليقة والألف . والخلاف فى مسئلة الكتاب باعتبار المعنى ، فإن الواقع بمجرد الصريح ليس هو الواقع بالبائن ، وقد اعتبر الخلاف لمجرد اللفظ بلا مخالفة فى المعنى خلافا نظرا إلى أنه الأصل فى الإيقاع ، والخلاف فى المعنى غير خلاف وفيه مالا يخفى (قوله ولو قال لها طلّقى نفسك ليس له أن يرجع عنه لما فيه من معنى التعليق ، ولو قامت من مجلسها بطل خيارها لأنه تمليك الطلاق ، بخلاف قوله طلّقى ضرتك لأنه توكيل فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع) وكذا قوله لأجنبى طلقها أو قول

نفسك تطليقة طلقت نفسى تطليقة بائنة . وقوله (وينبغى أن تقع تطليقة رجعية) إنما قال هكذا تفسيرا لكلام محمد فإنه قال طلقت ولم يتعرض لشىء آخر ، وأرى أنه مستغنى عنه لأن كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزائد ويثبت الأصل . وقوله (بخلاف الاختيار) متعلق بقوله لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق وهو واضح (وعن أبى حنيفة أنه لايقع شىء بقولها أبنت نفسى لأنها أتت بغير مافوّض إليها) حيث كان المفوّض الطلاق وما أتت به الإبانة وهما متغايران لامحالة ، وفى هذه الرواية إبطال الأصل للوصف وهو ضعيف . وعن أبى يوسف أنها تطلق طلاقا بائنا لأن الزوج ملكها إيقاع الطلاق مطلقا وهو يملك إيقاع البائن والرجعى فكذا هى ، وفى هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب ، والفقه هو الأول : أعنى ظاهر الرواية (وإن قال لها طلّقى نفسك) ظاهر . وحكمه اللزوم نظرا إلى اليمين والاقتصار على المجلس نظرا إلى التمليك : وفيه مطالبتان إحداهما ماوجه اختصاص طلّقى نفسك باليمين دون طلّقى ضرتك وكما كان معنى طلّقى نفسك إن طلقت نفسك فأنت طالق جاز أن يكون معنى طلّقى ضرتك إن أردت طلاقها فهى طالق . والثانية ماوجه اختصاص الأول بالتمليك والثانى بالتوكيل ؟ والجواب عن الأولى أن اليمين بالتعليق إنما يكون فيما وجوده متردد ، ووجود طلاق الضرة إذا فوّض إليها أمر كائن لامحالة طبعا وعادة

(قوله وقوله وينبغى أن تقع تطليقة رجعية إنما قال هكذا ، إلى قوله : ويثبت الأصل) أقول : قيل بل لاوجه له لأن ظاهر عبارة ينبغى ينافى نص عبارة يلغو (قوله وفى هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب) أقول : إذا كان المفوض الطلاق والإبانة من ألفاظه كيف يوجد ترك المطابقة . والجواب أن الطلاق إذا أطلق لايكون رجعيا .

(وإن قال لها طلقى نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها فى المجلس وبعده) لأن كلمة متى عامة فى الأوقات كلها فصار كما إذا قال فى أىّ وقت شئت (وإذا قال لرجل طلق امرأتى فله أن يطلقها فى المجلس وبعده) وله أن يرجع عنه لأنه توكيل وأنه استعانة ، فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس ، بخلاف قوله لامرأته طلقى نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا (ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها فى المجلس خاصة) وليس للزوج أن يرجع . وقال زفر رحمه الله : هذا والأول

أجنبي لها طلقى فلانة لأنها عاملة فيه لغيرها ، وكذا المديون فى إبراء ذمته بقول الدائن له أبرئ ذمتك عامل لغيره بالذات ولنفسه ضمنا على ماقدمنا ، والتوكيل استعانة ، فلو لزم فلم يملك الرجوع عاد على موضوعه بالنقض ، وقدمنا عدم ظهور الفرق بين طلقى وأبرئ ذمتك إذ كل مايمكن اعتباره فى أحدهما يمكن فى الآخر ، وإن عدم الرجوع أيضا يتفرع على معنى الملك الثابت بالتمليك بناء على أنه يثبت بلا توقف على القبول شرعا على ماصرح به فى الذخيرة ، وأنه لاحاجة إلى ترتبه على معنى التعليق المستخرج لأنه يمكن مثله فى الوكالات والولايات ، فلو صح لزم أن لايصح الرجوع عن توكيل وولاية . وأما الاقتصار على المجلس فبالإجماع على خلاف القياس (قوله وإن قال لها طلقى نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها فى المجلس وبعده) وكذا إذا شئت وإذا ماشئت لما ذكرنا من العموم . ويرد على قول أبى حنيفة فى «إذا» أنها عنده بمنزلة «إن» فلا تقتضى بقاء الأمر فى يدها ، وفيه جواب المصنف بأنها يمكن أن تعمل شرطا وأن تعمل ظرفا والأمر صار فى يدها فلا يخرج بالشك ، وصار كما إذا قال فى أىّ وقت شئت ، ولأنها إنما تملك ما ملكت ، وإنما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها ، وبهذا يتضح أن هذا إضافة للتمليك لاتنجيز . ومن فروع ذلك أنها إذا طلقت نفسها بلا قصد غلطا لايقع إذا ذكر المشيئة ويقع إذا لم يذكرها ، وقد قدمنا فى أول باب إيقاع الطلاق مايوجب حمل ما أطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع فى القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى (قوله وإذا قال لرجل طلق امرأتى فله أن يطلقها فى المجلس وبعده وله) أى للقائل (أن يرجع لأن هذا توكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم) وله أن يرجع ولا يقتصر ، وللوكيل أن يفعله بعد المجلس ، بخلاف قوله لها طلقى نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا (ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يُطلقها فى المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع . وقال زفر : هذا والأول) وهو قوله للرجل طلق امرأتى بلا

فلا يصلح شرطا . وأجيب عن الثانية بما تقدم ، أن المالك هو الذى يعمل لنفسه والوكيل هو الذى يعمل لغيره ، والمرأة فى طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها عن رق النكاح وفى طلاق ضرتها عاملة للزوج . وفيه نظر ، لأنها فى طلاق ضرتها أعمل لنفسها منها فى طلاق نفسها ، ولأن الصورتين إما أن يكونا من باب المشيئة أولا . والمآل شمول التمليك أو شمول التوكيل أو التحكيم الباطل (وإن قال لها طلقى نفسك متى شئت) واضح . ولقائل أن يقول التمليك فى هذه الصورة موجود أولا ، فإن كان الثانى لايقدر على الطلاق وليس كذلك ، وإن كان الأول يقتصر على المجلس لكونه لازم التمليك . والجواب أن الاقتصار على المجلس من أحكام التمليك ، والحكم قد يتأخر لمانع كما فى شرط الخيار وهو طريقة تخصيص العلة وموضعه الأصول . قوله (وإذا قال لرجل طلق امرأتى) واضح ، ومناطه ماذكرناه فى التمليك والتوكيل من أن المالك عامل لنفسه والوكيل لغيره وقد علمت ماعليه (ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها فى المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع . وقال زفر : هذا والأول سواء

(قوله والحكم قد يتأخر لمانع) أقول : الظاهر أن يقال : والحكم قد يختلف ، وقد سبق أن فى الأمر باليد معنى التعليق فيتوقف على ماوراء المجلس.

سواء لأن التصريح بالمشيئة كعدمه لأنه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له بعه إن شئت . ولنا أنه تمليك لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته ،

ذكر مشيئة (سواء لأن التصريح بالمشيئة كعدمه لأنه) وكيلا كان أو مالكا (يتصرف عن مشيئته) فصار كما إذا قال له بع عبدى هذا إن شئت لايقتصر وله الرجوع . أجيب بأن ليس الكلام فى هذه المشيئة التى بمعنى عدم الجبر بل فى أنه إذا أثبت له المشيئة لفظا صار موجب اللفظ التمليك لا التوكيل ، لأن تصرف الوكيل لغيره إنما هو عن مشيئته ذلك الغير وإن كان امتثاله بمشيئة نفسه ، بخلاف المالك فإنه المتصرف بمشيئة نفسه ابتداء غير معتبر ذلك امتثالا ، فإذا صرح له المالك بتعليق الطلاق بمشيئته كان ذلك تمليكا فيستلزم حكم التمليك ، بخلاف البيع لأنه لايحتمل التعليق فيلغو وصف التمليك ويبقى الإذن والتصرف بمقتضى مجرد الإذن لايقتصر على المجلس . قيل فيه إشكال لأن البيع فيه ليس بمعلق بالمشيئة بل المعلق فيه الوكالة بالبيع وهى تقبل التعليق ، وكأنه اعتبر التوكيل بالبيع بنفس البيع وهذا غلط يظهر بأدنى تأمل . وذلك لأن التوكيل هو قوله بع فكيف يتصور كون نفس قوله معلقا بمشيئة غيره بل وقد تحقق وفرغ منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق التوكيل أو عدم القبول والرد . وإلى هنا تم من المصنف إناطة وصف التمليك مرة بأنه يعمل برأى نفسه بخلاف الوكيل ، ومرة بأنه عامل لنفسه بخلافه ، ومرة بأنه يعمل بمشيئة نفسه وليس الرأى والمشيئة واحدا ، فإن العمل بالرأى العمل بما يراه أصوب من غير أن يؤخذ فى مفهومه كونه لنفسه ولا لغيره والعمل لنفسه بخلافه لغيره وبمشيئته أى باختياره ابتداء بلا اعتباره على مطابقة أمر آمر من غير اعتبار معنى الأصوبية فى متعلقها بل هى والإرادة يخصصان الشىء بوقت وجوده ، والأول نقضناه بالوكالة ، وهو مندفع بأن العامل برأيه هو الذى لايغلبه على رأيه مايقيده فى فعل ولا ترك ، والوكيل وإن كان بوكالة عامة مطلقة معه مايغلبه فى جانب الترك وهو لزوم خلف الوعد الثابت ضمن رضاه بالتوكيل إذا لم يفعل فإنه إذا وكله فرضى كان واعدا بفعل مااستعان به فيه ، فإذا لم يفعل أخلف الوعد بخلاف الزوجة فإنها لاتعد مخلفة بترك الطلاق إذا لم يقسرها عليه قاسر شرعى ، فظهر أن الوكيل ليس عاملا برأى نفسه

لأن التصريح بالمشيئة كعدم التصريح لأنه يتصرف عن مشيئته) لأن الفعل الاختيارى لايتحقق بدونها وفعله اختيارى ، وإذا تساويا كان الثانى توكيلا كالأول وصار كما لو قال للوكيل بالبيع بع إن شئت ، فإن ذكر المشيئة لايخرج التوكيل إلى التمليك (ولنا أنه تمليك لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته) . لايقال : قد بين آنفا أن الوكيل أيضا يتصرف بمشيئته . لأنا نقول : المشيئة نوعان : مشيئة تفتقر إليها الحركة الإرادية وهى ثابتة فى كل متحرك بها ، ومشيئة أخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه ، والأولى ثابتة فى التوكيل مع جهة حظر يرفعها قوله طلقها إيقاعا للفعل الموكل ، والثانية إنما تكون فى الملاك وقد فوّضها إليه بقوله إن شئت فكان تمليكا ، هذا ما أمكننى تلخيصه من كلام المشايخ . ولقائل أن يقول : كونه عاملا لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى فى هذه الصورة . وأقول : إذا بنى الكلام على ماقد ثبت أن التمليك إقرار شرعى على محل التصرف والتوكيل إقرار شرعى على نفس التصرف لاعلى أن المالك يعمل لنفسه والوكيل سقط هذا الاعتراض ، والنظر

(قوله يترتب عليها استحسان الفعل وتركه) أقول : ضمير تركه راجع إلى الفعل (قوله والأولى ثابتة فى الوكيل إلى قوله : والثانية إنما تكون فى الملاك) أقول: فيه أن الظاهر أن الثانية أيضا ثابتة للوكيل، ولهذا لايجوز بيع المسلم خمرا لذمى وكالة عنه(قوله سقط هذا الاعتراض)

والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لأنه لايحتمله (ولو قال لها طلّق نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهى واحدة) لأنها ملكت إيقاع الثلاث فتملك إيقاع الواحدة ضرورة (ولو قال لها طلّق نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شىء عند أبى حنيفة ، وقالا : تقع واحدة) لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفا. ولأبى حنيفة أنها أتت بغير مافوّض إليها فكانت مبتدئة ، وهذا لأن الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لأن الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لاتركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة ، بخلاف

مطلقا ، والثانى بأمر المديون بإبراء نفسه ، وقدمنا ما فى جوابه من النظر ،ولو تم انتقض بالتفويض إلى الأجنبى فإنه قطعا ليس بتطليق زوجة غيره عاملا لنفسه ، والثالث أقرب والله أعلم فالمعوّل عليهما (قوله وإن قال لها طلّق نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهى واحدة لأنها لما ملكت إيقاع الثلاث كان لها أن توقع منها ما شاءت) كالزوج نفسه (ولو قال لها طلّق نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شىء عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : تقع واحدة لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفا) وكقولها طلقت نفسى واحدة وواحدة وواحدة فى هذه المسئلة وأبنت نفسى فى جواب طلّق نفسك وطلقت نفسى وضرّتى ، وقول العبد فى جواب أعتق نفسك أعتقت نفسى وفلانا حيث يقع ثلاث فى الأولى ورجعى فى الثانية والثالثة وتطلق هى ويعتق هو دون من قرناه (ولأبى حنيفة أنها أتت بغير مافوض إليها مبتدئة) فيتوقف على إجازة الزوج ، وبهذا يخرج الجواب عما بعد الأولى من الصور لامتثالها بدءا ، ثم المخالفة بما بعده فلا تعتبر . ووجهها فى أبنت نفسى أن معناه طلقت نفسى بائنا والباقى ظاهر . وقوله بخلاف الزوج جواب عن الأول : أى أن الزوج يتصرف بحكم ملكه الثلاث ، وكما إذا صرح بما الثلاث فى ضمنه فيثبت القدر الذى يملكه ويلغو ما سواه ، وكذا هى فى المسئلة الأولى وهى قوله لها طلّق نفسك ثلاثا

الأول فى طلاق الضرّة على مامر . ثم أقول : والوكيل فى الطلاق كالرسول ، وحيث لايتصوّر أن يكون الشخص رسولا إلى نفسه كان قوله طلّق نفسك تمليكا ، وأما قوله طلّق ضرتك وقوله لأجنبى طلق امرأتى فيحتملان الرسالة ، فإن لم يذكر كلمة إن شئت كان توكيلا ، وإن ذكرها كان تمليكا صونا للزيادة عن الإلغاء ، إذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثانى فى طلاق الضرة فتأمله فلعله مخلص . وقوله (والطلاق يحتمل التعليق) جواب عن قياس زفر صورة النزاع على البيع . فإن قيل : هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق . أجيب بأنه اعتبر التوكيل بالبيع بأصل البيع قال (وإن قال لها طلّق نفسك ثلاثا) هذا لبيان مخالفة المرأة زوجها فى إيقاع مافوّض إليها ، والمسئلة الأولى ظاهرة ، وأما الثانية فوجه قولهما فيها واضح ، كما لو قال لها طلّق نفسك وطلقها وضرّتها وكما تقدم فيما إذا قال لها طلّق نفسك فقالت أبنت نفسى فإنه يقع عليها طلقة رجعية ، ولم يعتبر ما زادت من صفة البينونة معدما للمطابقة فى أصل الطلاق فيكون كقولها طلقت نفسى منك ممتثلة ويلغو قولها ثلاثا (ولأبى حنيفة أنها أتت بغير مافوض إليها) ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة كما لو قال لها طلّق نفسك فطلقت ضرّتها فيتوقف على إجازته ، وكلامه فيه ظاهر. فإن قيل : قد ثبت من مذهب أهل الحق أن الواحد من العشرة ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلاثة يكون لاعينها ولا غيرها ، فما وجه إثبات المغايرة بينهما ؟ أجيب بأن ذلك

أقول : فيه بحث ، فإن الإقرار فى المقيد بالمشيئة على نفس التصرف أيضا فكيف يكون تمليكا (قوله وإن ذكرها كان تمليكا) أقول : كيف يكون تمليكا والإقرار على محل التصرف لازم من لوازمه ولم يوجد (قوله أجيب بأنه اعتبر التوكيل إلخ) أقول : فيه أن الأول قابل

الزوج لأنه يتصرف بحكم الملك، وكذا هي في المسئلة الأولى لأنها ملكت الثلاث ،أما ههنا لم تملك الثلاث وما أتت بما فوّض إليها فلغت (وإن أمرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة ، أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما أمر به الزوج) فمعنى الأول أن يقول لها الزوج طلّقى نفسك واحدة أملك الرجعة فتقول طلقت نفسى واحدة بائنة فتقع رجعية لأنها أتت بالأصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغوالوصف ويبقى الأصل ، ومعنى الثانى أن يقول لها طلّقى نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسى واحدة رجعية فتقع بائنة لأن قولها واحدة رجعية لغو منها لأن الزوج لما عين صفة المفوض إليها فحاجتها بعد ذلك إلى إيقاع الأصل دون تعيين الوصف فصار كأنها اقتصرت

ملكتها بجميع أجزائها (أما هنا فلم تملك الثلاث)لأنه إنما ملكها الواحدة ولم تأت بما فوّض إليها فلم تصر باعتبارها مالكة ولا باعتبارها متصرفة عن الآمر لعدم الموافقة ، وحقيقة الفرق أنها ملكت الواحدة وهى شيء بقيد الوحدة ، بخلاف الواحدة التى فى ضمن الثلاث فإنها بقيد ضده ، وهذا معنى قوله الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع الوحدان والواحد لاترتيب فيه فكان بينهما تضاد ، بخلاف الزوج وبخلافها فى المسئلة الأولى لأنها ملكت الثلاث . أما هنا فلم تملك الثلاث لما ذكرنا ، وهذا التقرير لايستعقب إيرادا . ووقع فى لفظ المصنف قوله والثلاث غير الواحدة : يعنى فلم تكن بإيقاعها موافقة لما ملكها . فاعترض بأن مذهب أهل السنة أن الجزء من العشرة ليس عنها ولا غيرها . وأجيب بأن ذلك فى الأمور الموجودة بخلاف نحو الطلاق . وأنت تعلم أن هذا مجرد اصطلاح للمتكلمين كما أن اصطلاح الفلاسفة أن ماليس عينا فهو غير ، ولو فرض عدم وضع الاصطلاح أصلا بل عدم وضع لفظة غير لغة لم يتوقف إثبات المطلوب عليه ، إذ يكفى فيه أن يقال فوّض إليها الثلاث والواحدة ليست إياها فلا تكون مفوضة إليها فإيراد مثله إلزام بمجرد الاصطلاح ، وغاية مايلزم بعد التزامه أن المصنف عبر عما ليس إياه بلفظ غير مجازا (قوله ولو أمرها بطلاق يملك رجعتها فطلقت بائنا أو أمرها بالبائن فطلقت رجعيا وقع ما أمر به ، ومعنى الأول أن يقول طلّقى نفسك واحدة أملك الرجعة فيها فتقول طلقت نفسى واحدة بائنة تقع رجعية لأنها أتت بالأصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الأصل ، ومعنى الثانى أن يقول طلّقى نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسى واحدة رجعية تقع بائنة لأن قولها رجعية لغو لأن الزوج لما عين صفة المفوض إليها فى الصورتين فحاجتها بعد ذلك إلى أصل الإيقاع) لا إلى ذكر وصفه ، فذكرها إياه موافقا أو مخالفا لاعبرة به لأن الوقوع بإيقاعها ليس إلا بناء على التفويض ، فذكرها كسكوتها عنه ، وعند سكوتها يقع على الوصف

فى العشرة الموجودة أو المتصوّرة ، وأما الثلاث ههنا فمعدوم ، والواحد الموجود غير الثلاث المعدومة . فإن قيل : سلمنا المغايرة لكن إذا قال لها أمرك بيدك ونوى الواحدة وطلقت نفسها ثلاثا وقعت الواحدة وقد أتت بغير مافوّض إليها إذ الثلاث غير الواحدة على ماذكر . أجيب بأن التفويض هناك لم يتعرض لشىء ، فقد يكون خاصا وقد يكون عاما ، فإذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر ، فلما أوقعت ثلاثا فقد وافقته فيما هو أصل التفويض وهو لايكون أقل من الواحدة فتقع الواحدة (وقوله وإن أمرها بطلاق يملك الرجعة) ظاهر ، وكذا قوله إن قال لها طلّقى نفسك ثلاثا إن شئت لأن معنى قوله إن شئت إن شئت الثلاث إذ الشرط لابد له من جزاء ،

التعليق ، بخلاف الثانى فكيف يعتبر به (قوله والواحد الموجود الخ) أقول : من أين ثبت وجوده ، وهل الكلام إلا فيه . ثم إن تعليل المصنف بقوله لأن الثلاث اسم لعدد مركب الخ يدل على تغايرهما مطلقا كما لايخفى، والأولى أن يقال : مراده المغايرة اللغوية لاما اصطلح عليه المتكلمون (قال المصنف : أما ههنا لم تملك الثلاث) أقول : الزوج أيضا لايملك الألف فلا بد من الفرق .

على الأصل فيقع بالصفة التى عينها الزوج بائنا أو رجعيا (وإن قال لها طلقى نفسك ثلاثا إن شئت فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء) لأن معناه إن شئت الثلاث وهى بإيقاع الواحدة ماشاءت الثلاث فلم يوجد الشرط (ولو قال لها طلقى نفسك واحدة إن شئت فطلقت ثلاثا فكذلك عند أبى حنيفة) لأن مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كإيقاعها (وقالا : تقع واحدة) لأن مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة . كما أن إيقاعها إيقاع للواحدة فوجد الشرط (ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقالت شئت إن شئت فقال الزوج شئت ينوى الطلاق بطل الأمر) لأنه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهى أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لايعنيها فخرج الأمر من يدها، ولا يقع الطلاق بقوله شئت وإن نوى الطلاق لأنه ليس فى كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها ، والنية لاتعمل فى غير المذكور

المفوض . وحاصل هذا كله أن المخالفة إن كانت فى الوصف لايبطل الجواب ، بل يبطل الوصف الذى به المخالفة ويقع على الوجه الذى فوّض به ، بخلاف ما إذا كانت فى الأصل حيث يبطل . كما إذا فوض واحدة فطلقت ثلاثا على قول أبى حنيفة . أو فوض ثلاثا فطلقت ألفا ، وتقدم تخريج أبنت على مخالفة الوصف فى قوله طلقى نفسك (قوله ولو قال لها طلقى نفسك ثلاثا الخ) تقدم أنه إذا قال طلقى نفسك ثلاثا تملك أن تطلق نفسها واحدة وثنتين وثلاثا ، فلو أنه زاد قوله إن شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لأن معناه إن شئت الثلاث فكان تفويض الثلاث معلقا بشرط هو مشيئتها إياها ولم يوجد الشرط لأنها لم تشأ إلا واحدة ، وتقدم أنها لو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شيء عند أبى حنيفة ، وتقع واحدة عندهما . فلو زاد قوله إن شئت فالخلاف على ماهو عليه ، فأبو حنيفة يقول : مشيئة الثلاث ليست مشيئة الواحدة فلم يوجد الشرط ، وهما يقولان : مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة كما أن إيقاعها إيقاع الواحدة ، وقد سبق الكلام فى تحقيق ذلك (قوله ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقالت : شئت إن شئت فقال شئت ينوى الطلاق بطل الأمر لأنه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة) منها (وهى قد أتت بالمعلقة فما وجد الشرط ثم هو اشتغال بما لايعنيها فخرج الأمر من يدها ، ولا يقع الطلاق بقوله شئت وإن نوى لأنه ليس فى كلام الرجل ذكر الطلاق ولا فى كلامها) لأنها لم تقل شئت طلاقى إن شئت ليكون الزوج بقوله شئت شائيا طلاقها لفظا بل بمجرد النية والنية لاتعمل فى غير المذكور الصالح للإيقاع ولا فى المذكور

فإما أن يكون متقدما عليه أو يقدر مثله متأخرا ، وعلى كلا التقديرين يتعلق بمشيئة الثلاث ولم توجد بمشيئة الواحدة ، وكذا عكسه عند أبى حنيفة لأن الشرط مشيئة الواحدة ومشيئة الثلاث ليست مشيئة للواحدة ، كما أن إيقاع الثلاث ليس بإيقاع للواحدة فيما إذا قالت طلقت نفسى ثلاثا ، ووجه قولهما ظاهر (ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقالت شئت إن شئت فقال شئت ينوى الطلاق بطل الأمر) وكلامه ظاهر ، وفيه بحث من وجهين : أحدهما أنه كان ينبغى أن يقع بقوله شئت لأنه يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ . والثانى أنه إذا قال شئت طلاقك : أى بلفظ صريح الطلاق ينبغى أن لايحتاج إلى النية . وأجيب عن الأول بأن كلامه بناء على كلامها وليس فى كلامها ذكر الطلاق وإنما فيه ذكر المشيئة فيكون شائيا بمشيئتها لا بطلاقها . لا يقال كلامها مبنى على كلامه الأول وفيه ذكر

(قوله وفيه بحث من وجهين : أحدهما أنه كان ينبغى أن يقع بقوله شئت لأنه يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ) أقول : إذا كان الطلاق مذكورا

حتى لو قال شئت طلاقك يقع إذا نوى لأنه إيقاع مبتدأ إذ المشيئة تنبئ عن الوجود، بخلاف قوله أردت طلاقك لأنه لاينبئ عن الوجود

الذى ليس بصالح للإيقاع به نحو اسقنى (حتى لو قال شئت طلاقك ينويه ، قع لأن المشيئة تنبئ عن الوجود) لأنها من الشيء وهو الموجود (بخلاف مالو قال أردت طلاقك لأنه لاينبئ عن الوجود) بل هى طلب لنفس الوجود عن ميل ، وغاية الأمر أن المشيئة والإرادة فى صفة العباد مختلفان . وفى صفة الله تعالى مترادفان كما هو اللغة فيهما مطلقا فلا يدخلهما وجود : أى لايكون الوجود جزء مفهوم أحدهما غير أن ماشاء الله كان وكذا ما أراده . لأن تخلف المراد إنما يكون لعجز المريد لا لذات الإرادة لأنها ليست المؤثرة للوجود لأن ذلك خاصية القدرة ، بل بمعنى أنها المخصصة للمقدور المعلوم وجوده بالوقت والكيفية ، ثم القدرة تؤثر على وفق الإرادة ، غير أنه لايتخلف شيء عن مراده تعالى لما قلنا فى المشيئة بخلاف العباد ، وعن هذا لو قال أراد الله طلاقك ينويه يقع كما لو قال شاء الله ، بخلاف أحب الله طلاقك أو رضيه لايقع لأنهما لايستلزمان منه تعالى الوجود . ولو قيل التحصيص بالوقت الإرادة يكون عن طلبه ويستلزم عدم الفرق بين صفة الإرادة والكلام . نعم فرق بين الطلبين أنه فى الكلام طلب تكليفى وهذا بخلافه ، ولكنه ليس يلزم كون الطلب الكلامى تكليفا دائما كما فى الطلب المعبر عنه بكن . ولو أجيب بأن ذلك الطلب خارج عنها لزم كونها من صفات الأفعال ، وإذ قد ظهر الفرق بين الإرادتين لايكون فرق أبى حنيفة بين المشيئة والإرادة فى حق العباد رواية عنه فى الفرق بينهما فى صفة الله سبحانه وتعالى . بقى الشأن فى كون المشيئة تنبئ عن الوجود فى حق العباد للاشتقاق من الشيء وهو الموجود فيه نظر . فإن الشيء وإن وقع على غير الأعيان إلا أن كونه فى مفهومه الوجود اصطلاح طارئ على اللغة ، فإنه لغة يقال للمعدوم والموجود . وكون الإرادة نسبت إلى مالايعقل بخلاف المشيئة ، كما ذكر شمس الأئمة لا أثر له إلا

الطلاق لأن كلامها لغا بالاشتغال بما لايعنيها فيلغو مايبتنى عليه . وعن الثانى بأن قوله شئت طلاقك قد يقصد وجوده ملكا، وقد يقصد وجوده وقوعا فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعا (وقوله إذ المشيئة تنبئ عن الوجود) قيل لأن المشيئة فى الأصل مأخوذة من الشيء وهو اسم للموجود ، فكان قوله شئت بمنزلة أوجدت وإيجاد الطلاق بإيقاعه ، بخلاف الإرادة فإنها فى اللغة عبارة عن الطلب ، قال عليه الصلاة والسلام «الحمى رائد الموت» أى طالبه ، فإن قيل : ذهب علماؤنا فى أصول الدين إلى أن الإرادة والمشيئة واحدة فما هذه التفرقة ؟ فالجواب أنه يجوز أن يكون بينهما تفرقة بالنسبة إلى العباد وتسوية بالنسبة إلى الله تعالى ، لأن ما شاء الله كائن لامحالة وكذا

صريحا فى كلام المرأة (قوله لأن كلامها لغا بالاشتغال بما لايعنيها فيلغو الخ) أقول : كونه لغوا لهذا السبب لايوجب أن لا يكون الطلاق مقدرا فى كلامها وأن يلغو مايبتنى عليه ، ولو صح ماذكره من التفريع لزم أن يلغو قوله شئت إذا أتت المرأة فى كلامها بصريح لفظ الطلاق (قوله وعن الثانى ، إلى قوله : فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعا) أقول : مخالف لما فى حيز قيل بعد سطر (قوله بخلاف الإرادة فإنها فى اللغة عبارة عن الطلب) أقول : فإن قيل إذا كان الإرادة بمعنى الطلب يلزم أن لاتستلزم الوجود مطلقا كما فى أوامر الله تعالى ، قلنا : الطلب الذى هو مدلول الأمر طلب تكليفى والإرادة طلب تكوينى وبينهما فرق ، وقد يكون مدلول بعض الأوامر طلبا تكوينيا أيضا كما فى قول الله تعالى ـ كن ـ

(وكذا إذا قالت شئت إن شاءأبى أو شئت إن كان كذا لأمر لم يجئ بعد) لما ذكرنا أن المأتى به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الأمر (وإن قالت قد شئت إن كان كذا لأمر قد مضى طلقت) لأن التعليق بشرط كائن تنجيز (ولو قال لها أنت طالق إذا شئت أو إذا ماشئت أومتى شئت أو متى ماشئت فردت الأمر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس) أما كلمة متى ومتى ما فلأنهما للوقت وهى عامة فى الأوقات كلها ، كأنه قال فى أى وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالإجماع ، ولو ردت الأمر لم يكن ردا لأنه ملكها الطلاق فى الوقت الذى شاءت فلم يكن تمايكا

لولم يكن مجازا عقليا أو مجازا لغويا فى لفظ الإرادة ، على أنه سمع نسبة المشيئة أيضا إلى ذلك . أنشد ابن السكيت فى إصلاح المنطق :

يامرحباه بحمار عفـرا إذا أتى قربتـه لمـايشا
من الشعير والحشيش والما

وهو من شواهد قصر الممدود ، فتوجيهه أن يعتبر العرف فيه : يعنى بكون العرف العام أنه الشىء الموجود والمشيئة منه بأن يراد به بعض ما يصدق عليه وهو الشىء الكائن مصدرا لشاء ، فإنه يقال شاء شيئا على إرادة الحاصل بالمصدر ثم يشتق منه . ولما كان الوجود على هذا محتمل اللفظ لاموجبه احتاج إلى النية فلزم الوجود فيها ، فإذا قال شئت كذا فى التخاطب العرفى فمعناه أوجدته عن اختيار . بخلاف أردت كذا مجردا يفيد عرفا عدم الوجود ، وأحببت طلاقك ورضيته مثل أردته ، ولو قال شائى طلاقك ناويا للطلاق فقالت شئت وقع ، ولو قال أريديه أو اهويه أو أحبيه أو ارضيه ينوى الطلاق فقالت أردته أحببته هويته رضيته لايقع ، بخلاف مالو قال إن أردت أو أحببت إلى آخرها فقالت أردت أو أحببت إلى آخرها فإنه يقع وإن لم ينو لأنه تعليق لايفتقر إلى النية ، وهو كقوله إن كنت تحبينى يتعلق بإخبارها فإذا قالت أحببت وقع (قوله وإن قالت قد شئت إن كان كذا لأمر قد مضى) كشئت إن كان فلان قد جاء وقد جاء ، أو لأمر كائن كشئت إن كان أبى فى الدار وهو فيها طلقت لأن التعليق بأمر كائن تنجيز . قيل يلزم عليه أنه لوقال هو كافر إن كنت فعلت كذا وهو يعلم أنه قد فعله أن يكفر وهو منتف . أجيب بأن من المشايخ من قال بكفره فاللازم حق ، وعلى المختار وهوعدم كفره وهو مروى عن أبى يوسف يفرق بأن هذه الألفاظ جعلت كناية عن اليمين بالله تعالى إذا جعل تعليق كفره بأمر فى المستقبل ، فكذا إذا جعله بماض تحاميا عن تكفير المسلم . والأوجه أن الكفر بتبدل الاعتقاد وتبدله غير واقع مع ذلك الفعل . فإن قيل : لو قال هو كافر بالله ولم يتبدل اعتقاده يجب أن يكفر فليكفر هنا بلفظ هو كافر وإن لم يتبدل اعتقاده . قلنا : النازل عند وجود الشرط حكم اللفظ لاعينه فليس هو بعد وجود الشرط متكلما بقوله هو كافر حقيقة (قوله ولو قال أنت طالق إذا شئت أو إذا ما شئت أومتى شئت أو متى ماشئت فردت) بأن قالت لاأشاء لايكون ردا ولها أن تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس ، أما كلمة متى فإنها لعموم الأوقات كأنه قال فى أى وقت شئت ، وإنما

مايريده بخلاف العباد . وقوله (وكذا إذا قالت شئت إن شاء أبى) ظاهر . وقوله (لأن التعليق بأمر كائن تنجيز) قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودى إن فعل كذا وهو يعلم أنه فعله وليس كذلك . وأجيب بأن بطلان الثانى ممنوع ، وبعد التسليم نقول : هذه الألفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى إذا حصل التعليق بها بفعل مستقبل ، فكذا إذا حصل بفعل فى الماضى تحاميا عن تكفير المسلم . وقوله (ولو قال لها أنت طالق إذا شئت الخ)

قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ، ولا تطلق نفسها إلا واحدة لأنها تعم الأزمان دون الأفعال فتملك التطليق فى كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق : وأما كلمة إذا وإذا ما فهما ومتى سواء عندهما . وعند أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه وإن كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل (ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا) لأن كلمة كلما توجب تكرار الأفعال إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك القائم (حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها

لم يرتد بردها لأنه لم يملكها فى الحال شيئا بل أضافه إلى وقت مشيئتها فلا يكون تمليكا قبله فلا يرتد بالرد . وقد يقال : ليس هذا تمليكا فى حال أصلا لأنه صرح بطلاقها معلقا بشرط مشيئتها ، فإذا وجدت مشيئتها وقع طلاقه ، وإنما يصح ما ذكر فى لفظ طلقى نفسك إذا شئت لأنها تتصرف بحكم الملك ، بخلاف مالو قالت طلقت نفسى فى هذه المسئلة فإنه وإن وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق وقولها طلقت إيجاد للشرط الذى هو مشيئة الطلاق على تقدير أن المشيئة تقارن الإيجاد ، ثم لاتملك طلاق نفسها إلا مرة واحدة لأنها تعم الأزمان لا الأفعال بخلاف كلما (قوله وأما كلمة إذا وإذا ما فهى كمتى عندهما) فما كان حكما لمتى يكون حكما لإذا (وعند أبى حنيفة رحمه الله وإن كانت إذا تستعمل للشرط) المجرد عن معنى الزمان كما تقدم (لكنها تستعمل للوقت) أيضا مجردا عن معنى الشرط ومقرونا به ، وكل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لايحكم بزواله بالشك ، فى قوله أنت طالق إذا لم أطلقك الحكم الثابت عدم الطلاق فلا يحكم بزواله بوقوع الطلاق إلا بيقين وهو أن يراد بها الزمان وهو غير لازم من استعمالها فلا تطلق إلا بالموت ، وفى أنت طالق إذا شئت صار الأمر فى يدها فلا يخرج بانقضاء المجلس إلا بيقين وهو أن يراد بها الشرط المجرد وهو غير لازم من استعمالها . نعم لو صرح فقال أردت مجرد الشرط لنا أن نقول يتقيد بالمجلس كما إذا قال أنت طالق إن شئت فإنه يتقيد بالمجلس ويحلف لنفى التهمة على نحو ماتقدم أنه إيا ، أراده وقوله وقد مر : يعنى فى فصل إضافة الطلاق . هذا والوجه فى تقريره غير هذا وهو أن قوله إذا شئت يحتمل أنه تعليق طلاقها بشرط هو مشيئتها وأنه أضافه إلى زمانه ، وعلى كل من التقديرين لايرتد بالرد حتى إذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بأن قالت شئت ذلك الطلاق أو قالت طلقت نفسى وقع معلقا كان أو مضافا لا ماقال المصنف من أن الأمر دخل فى يدها فلا يخرج بالشك لأن معناه أنه ثبت ملكها بالتمليك فلايخرج بالشك فى المراد بإذا أنه محض الشرط فيخرج من يدها بعد المجلس أو الزمان فلا يخرج كمتى . وقد صرح آنفا فى متى بعدم ثبوت التمليك قبل المشيئة لأنه إنما ملكها فى الوقت الذى شاءت فيه فلم يكن تمليكا قبله حتى يرتد بالرد . وعلى ماذكرنا فالذى دخل فى ملكها تحقيق الشرط أو المضاف إليه الزمان وهو مشيئتها الطلاق ليقع طلاقه . وعلى هذا فقولهم فى قوله أنت طالق كلما شئت لها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة معناه تطلق بمباشرة الشرط تجوز بالتطليق عنه بأن تقول شئت طلاقى أو طلقت نفسى فيقع طلاقه عند تحقق الشرط ، وإنما يصح كلامهم فى قوله طلقى نفسك كلما شئت (قوله إلا أن التعليق الخ) جواب عن مقدر هو أن موجب كلما تكرار الأفعال أبدا ، ومقتضاه أنها إذا طلقت نفسها ثلاثا وعادت إليه بعد زوج آخر أن تملك طلاقها أيضا وليس لها ذلك . أجاب بأنها وإن كانت كذلك

واضح . وقوله (فلا يخرج بالشك) يعنى لو نظرنا إلى كونه للشرط يخرج الأمر من يدها بالقيام كما فى قوله إن شئت ، ولو نظرنا إلى كونه للوقت لايخرج فلا يخرج بالشك . وقوله (وقد مر من قبل) يعنى فى فصل إضافة الطلاق إلى الزمان . وقوله (ولو قال لها أنت طالق كلما شئت) ظاهر .

لم يقع شيء) لأنه ملك مستحدث (وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة) لأنها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جملة وجمعا (ولو قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء، وإن قامت من مجلسها فلا مشيئة لها) لأن كلمة حيث وأين من أسماء المكان والطلاق لاتعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس. بخلاف الزمان لأن له تعلقا به حتى يقع فى زمان دون زمان فوجب اعتباره عموما وخصوصا (وإن قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة) ومعناه قبل

لكن التفويض إنما ينصرف إلى الملك القائم لا إلى عدم الملك الذى هو معنى الملك المعدوم: فلو انصرف إليه انصرف إلى عدم الملك، فإذا فرض أن المملوك قدر معين لزم أن باستغراقه تكرارا ينتهى به التفويض، وذلك القدر هو الثلاث، فلو طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها فتزوجت بآخر وعادت إلى الأول ملكت ثلاث تطليقات أيضا خلافا لمحمد فإن عنده إنما تملك ثنتين لما عرف فى مسئلة الهدم (قوله وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا) بالاتفاق لأنها لعموم الانفراد لا لعموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جمعا، وعلى هذا لاتطلق نفسها ثنتين، فلو طلقت ثلاثا أو ثنتين وقع عندهما واحدة. وعنده لايقع شيء بناء على ماتقدم من أن إيقاع الثلاث إيقاع الواحدة عندهما خلافا له (قوله ولو قال أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء ويتقيد بالمجلس، ولو قامت منه قبل المشيئة فلا مشيئة لها لأن كلمة حيث وأين للمكان والطلاق لاتعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس) أورد عليه أنه إذا لغا المكان صار أنت طالق شئت، وبه يقع للحال كقوله أنت طالق دخلت الدار أجيب بأنه يجعل الظرف مجازا عن الشرط لأن كلا منهما يفيد ضربا من التأخير وهو خير من إلغائه بالكلية فأورد عليه فلم يبطل بالقيام وفى أدواته مالا يبطل به كمتى، وإذا أجيب بأن الحمل على إن أولى لأنها أم الباب وصرف الشرط وفيه يبطل بالقيام. واعترض فى بعض شروح المنار بأنه لما جعل مجازا عن الشرط فالشرط الذى فيه معنى الحقيقة أولى انتهى. فإن أراد بالمعنى الحقيقى الزمان كمتى حتى لايخرج من يدها بعد المجلس فليس معنى لحيث وأين بل معناهما المكان، وإن أراد معنى الظرفية مطلقا فليس معناهما أصلا، بل اسم الظرف اصطلاح مبنى على تشبيه الزمان والمكان بالأوعية للأمتعة وهى الظروف لغة (قوله فوجب اعتباره عموما) كما فى أنت طالق فى أى وقت شئت (وخصوصا) فى أنت طالق غدا (قوله ولو قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت) إن كانت غير

وقوله (فلا تملك الإيقاع جملة وجمعا) قيل معناهما واحد. وقيل الجملة هو أن تقول طلقت نفسى ثلاثا، والجمع أن تقول طلقت واحدة وواحدة وواحدة هذا هو الظاهر (ولو قال أنت طالق حيث شئت) ظاهر. فإن قيل: إذا لغا ذكر المكان. بقى قوله أنت طالق شئت فينبغى أن يقع الطلاق فى الحال كما لو قال أنت طالق دخلت الدار فإنه يقع الساعة. أجيب بأن حيث وأين تفيدان ضربا من التأخير. وحرف الشرط أيضا يفيد ضربا من التأخير فيشتركان فى تحقيق معنى التأخير فيجعلان مجازا عن حرف الشرط. فإن قيل: إذا جعلا مجازا عن حرف الشرط لماذا يبطل بالقيام عن المجلس وإنما يبطل بالقيام عن المجلس إذا جعلا مجازا عن حرف إن. وأما إذا جعلا مجازا عن كلمة إذا أو متى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعل مجازا عن كلمة إذا أو متى؟ أجيب بأن جعلهما مجازا عن إن أولى لما أنها لمحض الشرط فكانت أصلا فى الباب. والاعتبار بالأصل أولى من غيره، بخلاف الزمان لأن للطلاق تعلقا به لوقوعه فى زمان دون زمان، وأما إذا كان واقعا فى مكان كان واقعا فى جميع الأمكنة فوجب اعتباره: أى اعتبار الزمان خصوصا، كما لو قال أنت طالق غدا أو عموما كما لو قال أنت طالق فى أى وقت شئت. قال (وإن قال أنت طالق كيف شئت

المشيئة ، فإن قالت قد شئت واحدة بائنة أوثلاثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال ، لأن عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وإرادته ، أما إذا أرادت ثلاثا والزوج واحدة بائنة أو على القلب تقع واحدة رجعية لأنه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقى إيقاع الزوج وإن لم تحضره النية تعتبر مشيئتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير (قال رضى الله

مدخول بها طلقة بائنة ، وخرج الأمر من يدها لفوات محليتها بعدم العدة ، وإن كانت مدخولا بها طلقت طلقة رجعية بمجرد قوله ذلك شاءت أو لا ، ثم إن قالت شئت بائنة أوثلاثا وقد نوى الزوج ذلك تصير كذلك للمطابقة ، وإن اختلفا بأن شاءت بائنة والزوج ثلاثا أو على القلب فهى رجعية لأنه لغت مشيئتها لعدم الموافقة فبقى إيقاع الزوج بالصريح ونيته لاتعمل فى جعله بائنا ولا ثلاثا ، ولو لم تحضر الزوج نية لم يذكره فى الأصل ، ويجب أن تعتبر مشيئتها ، حتى لو شاءت ثلاثا أوبائنة ولم ينو الزوج يقع ما أوقعت بالاتفاق على اختلاف الأصلين . أما على أصله فلأنه أقامها مقام نفسه فى إثبات الوصف لأن كيف للحال ، والزوج لو أوقع رجعيا يملك جعله بائنا وثلاثا عند أبى حنيفة ، فكذا المرأة عند هذا التفويض تملك جعل ما وقع كذلك . وأما عندهما فكذلك تملك إيقاع البائن والثلاث لأنه تفويض أصل الطلاق إليها على أى وصف شاءت ، كذا فى الكافى . وهذا الذى ذكرنا من وقوع الرجعية قبل مشيئتها قول أبى حنيفة ، أما عندهما فما لم تشأ لم يقع شىء

اختلف علماؤنا فيما إذا قال أنت طالق كيف شئت هل يتعلق أصل الطلاق بمشيئتها أو لا ، فقال أبو حنيفة لايتعلق بل تقع طلقة واحدة ولا مشيئة لها إن لم يدخل بها ، وإن دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشيئة إليها فى المجلس بعد ذلك . ثم لايخلو من أن ينوى الزوج شيئا أو لم ينو ، فإن كان الثانى اعتبرت مشيئتها فى الكم والكيف فيما قالوا جريا على موجب التخيير . وإن كان الأول ، فإن اتفقت نيته ومشيئتها فذاك ، وإن اختلفا بأن شاءت بائنة والزوج ثلاثا أوبالعكس وقعت واحدة رجعية ، وقالا : لايقع شىء لاقبل الدخول ولا بعده حتى تشاء ، فإن شاءت أوقعت ما شاءت من الرجعى والبائن والثلاث لأنه فوض التطليق إليها على أى صفة شاءت ، لأن كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقا فلا بد من تعليق الأصل بمشيئتها لتثبت لها المشيئة فى جميع الأحوال ، كما لو قال أنت طالق إن شئت أو حيث شئت أو أين شئت . ولأبى حنيفة أن كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الأصل ، يقال كيف أصبحت : أى على أى وصف من الصحة والسقم وغير ذلك ، فكان التفويض فى وصف الطلاق ، والتفويض فى وصفه يستدعى وجود أصله ، وإلا لكان كيف لطلبه وليس كذلك ، ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر . وههنا سؤال مشهور وهو أن المعقول أن لايحتاج إلى نية الزوج ، لأنه لما فوض الأمر إليها وجب أن تستقل بإثبات مافوض إليها اعتبارا بعامة التفويضات . وجوابه أنه فوض إليها حال الطلاق وهى مشتركة بين الكم والكيف : يعنى العدد والبينونة فيحتاج إلى النية لتعيين أحدهما . وقد روى عن الطحاوى أن للمرأة أن تجعل الطلاق بائنا أو ثلاثا فى قول أبى حنيفة . قال صاحب النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية : وقد راجعت الفحول فى جواب هذا الإشكال فما قرع سمعى جوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوى . ولقائل أن يقول : لامناسبة لهذا التفويض لعامة التفويضات إلا فى كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق ، وهو أن المفوض ههنا متنوع دونها فيكون فى وجوب التعويل نظر . توضيحه أن المتأخر إلى المشيئة ما علق بها والتعليق بالمشيئة إنما حصل

(قال المصنف : لأن عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وإرادته) أقول : أطلق المشيئة فى جانبها إذ بها يثبت وجود الطلاق والإرادة فى جانبه حيث لايقع بها الطلاق ، وكذا الكلام فى قوله أما إذا أرادت ثلاثا فليتأمل ، فإنه لم يتنبه الشراح لهذه الدقيقة فقالوا . وإن اختلفا بأن شاءت بائنة (قوله وجوابه أنه فوض إليها حال الطلاق الخ) أقول . فيه بحث (قوله وهى مشتركة بين الكم والكيف) أقول : فيه بحث .
(قوله وهو أن المفوض ههنا متنوع الخ) أقول : فيه أن التفويض هنا على سبيل التعميم لكل صفة ككون المعوض متنوعا لا يفيده.

تعالى عنه : وقال فى الأصل هذا قول أبى حنيفة رحمه الله (وعندهما لايقع مالم توقع المرأة فتشاء رجعية أو بائنة أو ثلاثا) وعلى هذا الخلاف العتاق : لهما أنه فوّض التطليق إليها على أى صفة شاءت فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها لتكون لها المشيئة فى جميع الأحوال : أعنى قبل الدخول وبعده . ولأبى حنيفة رحمه الله أن كلمة كيف

(وعلى هذا الخلاف أنت حر كيف شئت) يقع للحال عنده وعندهما يتوقف على المشيئة .والحاصل أن أصل الطلاق لايتعلق بمشيئتها عنده بل بصفته وعندهما يتعلقان معا بمشيئتها . وما قيل إن العتق لاكيفية له ليتعلق فيقع البتة يوهم عدم الخلاف أو ترجيح العتق بذلك لكن الثابت ماسمعت من الخلاف وعدم كيفية زائدة على أصل العتق ممنوع بل له كيفية زائدة على ذلك من كونه معلقا ومنجزا على مال وبدونه على وجه التدبير وغيره مطلقا عما يأتى من الزمان ومقيدا به(قوله فلابد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها)لأنه لولم يتعلق أصله بمشيئتها حتى وقع دونها وقع موصوفا البتة ضرورة عدم انفكاك الذات عن الوصف فقد ثبت وصف لا بمشيئتها ،وقد كان كل وصف بمشيئتها هذا خلف ،وأبو حنيفة يقول حقيقة قوله أنت طالق تنجيز لأصل الطلاق جاعلا صفته على مشيئتها ، ومن ضرورة إثبات أصله إثبات وصف الرجعة فكان فى نفس كلامه هذا مخصصا بعض الأوصاف من عمومها . بقى أىّ الأمرين أولى ؟ تخصيص العام للمحافظة على حقيقة اللفظ التى هى تنجيز أصل الطلاق أو اعتبار أصله معلقا للمحافظة على حقيقة العموم ؟ والنظر فى ترجيح الأول لأن تخصيص العام أغلب من اعتبار المنجز معلقا لأنه لايكاد يثبت . وأما ما رجح به فى الكافى من أن بتقدير قولهما يبطل الاستيصاف والكلام يحمل على التخصيص دون التعطيل فإنما يتم لو كان كيف فى التركيب للاستيصاف ، ولا يخفى أن معنى الاستخبار هنا غير مراد أصلا ، بل تركيب كيف شئت مجاز عن كل كيفية شئتها كقوله تعالى ـ أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت ـ أى ينظرون إلى كيفية خلقها . فإن قلت : فلم لم يعتبر كيف شرطا وهو أحد استعماليها فيترجح قولهما لأن تعليق أصل الطلاق حينئذ حقيقة اللفظ . فالجواب لايجوز لأن شرط شرطيتها اتفاق فعلى الشرط والجزاء لفظا ومعنى نحو كيف تصنع أصنع . وماقيل فى توجيه قولهما أن غير المحسوس حاله وأصله سواء بناء على امتناع قيام العرض بالعرض ،فليس أحدهما قائما بالآخر بل كل منهما يقوم بالجسم فلزم منه كون الطلاق ليس موجودا بدون الكيفية بل كل من الطلاق وكيفيته سواء فى الأصلية والفرعية ،

بكلمة كيف لأن قوله أنت طالق ليس فيه شىء منه وهى لاتعلق لها بالأصل أصلا فيكون منجزا أصل الطلاق ومفوضا لوصفه المتنوع . وتفويض وصف الشىء مبهما قبل وجود الأصل ممتنع إلا أن فى غير المدخول بها لا أثر لمشيئة الوصف بعد وقوع الأصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة إلى مشيئتها ، وفى الموطوءة المحل باق بعد وجود الأصل فلها المشيئة بعد وقوعه . وقوله (وعلى هذا الخلاف العتاق) يعنى إذا قال لعبده أنت حر كيف شئت عتق عند أبى حنيفة ولا حال للعتق يفوض إليه . وعندهما لايعتق حتى يشاء وإنما قال فى الكتاب(قال فى الأصل هذا قول أبى حنيفة) لأن ما أورده فى الأصل من مسائل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما ، وإنما ذكر الرواية فيه على قول أبى حنيفة لاغير فذكره ليتبين أن ماذكره فى الجامع الصغير إنما هو قوله لاقولهما بدليل

للاستيصاف ، يقال كيف أصبحت والتفويض فى وصفه يستدعى وجود أصله ووجود الطلاق بوقوعه (وإن قال لها أنت طالق كم شئت أو ماشئت طلقت نفسها ما شاءت) لأنهما يستعملان للعدد فقد فوّض إليها أىّ عدد شاءت

فإذا تعلق أحدهما بمشيئتها تعلق الآخر ، فحاصله ذكر مبنى آخر غير ماتقدم من ضرورية تعلق الأصل على ماذكرنا وهوضعيف إذ المبنى ليس إلا التلازم فما يثبت لأحدهما يثبت للآخر ، ولا دخل لامتناع قيام العرض بالعرض فى ذلك فالتقرير ماقررناه (قوله ولو قال لها أنت طالق كم شئت أو ماشئت طلقت نفسها ما شاءت) واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ، ويتعلق أصل الطلاق بمشيئتها بالاتفاق ، بخلاف مسئلة كيف شئت على قوله ، وهذا لأن كم اسم للعدد فكان التفويض فى نفس العدد والواقع ليس إلا العدد إذا ذكر فصار التفويض فى نفس الواقع فلا يقع شىء مالم تشأ . والقياس أن لايباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا كما لايباح للزوج لكن روى الحسن عن أبى حنيفة أنه يباح لها فى التخيير . ووجهه ماذكره فى الفوائد الظهيرية فى المسئلة الآتية . قال : لو طلقت نفسها ثلاثا على قولهما أو ثنتين على قول أبى حنيفة لايكره لأنها مضطرة إلى ذلك لأنها لو فرقت خرج الأمر من يدها ، بخلاف مالو أوقع الزوج ذلك . وعلى هذا فما فى أصل رواية الجامع الصغير فى هذه المسئلة من قوله إن شاءت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين أو ثلاثا مالم تقم من مجلسها لايحتاج إلى حمله على مشيئة القدرة لامشيئة الإباحة ، ثم الواحد عدد على اصطلاح الفقهاء لما تكرر من إطلاق العدد وإرادته وما شئت تعميم العدد فتقريره تقريره . وأورد أن كلمة ما كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت نحو مادام فوقع الشك فى تفويض العدد فلا يثبت . أجيب بأنه معارض بالمثل بأن يقال لو أعملناها بمعنى الوقت لايبطل بالقيام عن المجلس ، ولو أعملناها بمعنى العدد يبطل فوقع الشك فى ثبوته فيما وراء المجلس ؛ فلا يثبت فيه بالشك فتعارضا ، وترجح اعتبارها للعدد بأن التفويض تمليك مقتصر على المجلس مالم يكن موقتا ، وإنما يكون لو كانت معتبرة بمعنى العدد ولأنه المتبادر من ذلك ، بخلاف الزمان فإنه إنما يتبادر حالة وصلها بدام

ماذكر فى الأصل (وإن قال لها أنت طالق كم شئت أو ماشئت طلقت نفسها ما شاءت) ذكر فى أصل رواية الجامع الصغير : إن شاءت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين أو ثلاثا مالم تقم من مجلسها ، فإن قيل : كيف يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا والزوج لايسعه أن يطلقها ثلاثا ؟ أجيب بأنه يجوز أن يكون المراد بقوله إن شاءت طلقت نفسها ثلاثا مشيئة القدرة لامشيئة الإباحة : يعنى أنها تقدر على ذلك كقوله تعالى ـ فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر ـ على أنه روى عن الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أن ذلك مباح لها فى التخيير . ووجه الاختصاص اضطرارها . فإن التفريق يخرج الأمر من يدها . وقوله (لأنهما يعنى كم وما يستعملان للعدد فقد فوض إليها أىّ عدد شاءت) فإن قيل : هذا فى « كم » مسلم ، وأما فى « ما » فهى مستعملة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تعالى ـ مادمت حيا ـ فقد وقع الشك فى تفويض العدد إليها فلا يثبت العدد بالشك . أجيب بأن جانب العدد مرجح بأصل آخر وهو أن هذا تفويض بمعنى التمليك لأنه تفويض إلى المرأة أمر نفسها والتمليكات تقتصر على المجلس . وذلك إنما يكون أن لو كانت معمولة بمعنى العدد لابمعنى الوقت ، وفيه نظر لأن فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتعارض جهتا الترجيح . والجواب أنه تمليك فيه معنى التعليق ، والأول كالأصل فالترجيح به أولى

(فإن قامت من المجلس بطل ، وإن ردت الأمر كان ردا)لأن هذا أمر واحد وهوخطاب فى الحال فيقتضى الجواب فى الحال (وإن قال لها طلقى نفسك من ثلاث ماشئت فلها أن تطلق نفسها واحدة أو ثنتين ولا تطلق ثلاثا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : تطلق ثلاثا إن شاءت)لأن كلمة ما محكمة فى التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فحمل على تمييز الجنس ، كما إذا قال كل من طعامى ماشئت أو طلق من نسائى من شاءت . ولأبى حنيفة أن كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فعمل بهما .

ثم (إن ردت الأمر)بأن قالت لا أطلق (كان ردا) لأن هذا أمر واحد بخلافه بكلما . وقوله (خطاب فى الحال) احتراز عن إذا ومتى : يعنى هذا تمليك منجز غير مضاف إلى وقت فى المستقبل فاقتضى جوابا فى الحال (قوله وإن قال لها طلقى نفسك من ثلاث ماشئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين) بالاتفاق . واختلفوا فى الثلاث فلا تطلق عند أبى حنيفة ثلاثا . وبه قال الشافعى وأحمد . وتطلق عندهما إن شاءت (لأن كلمة ما محكمة فى العموم وكلمة من قد تستعمل للتمييز) أى للبيان كما فى قوله تعالى ـ فاجتنبوا الرجس من الأوثان ـ وغيره صلة ـ ليغفر لكم من ذنوبكم ـ وتبعيضا نحو أكلت من الرغيف(فيحمل على تمييز الجنس)محافظة على عموم ما : أى بيان الجنس ؛ بخلاف ما لو حملت على التبعيض : يعنى فيكون بيان أن المراد الثلاث من الطلاق دون سائر الأعداد منه وإن كان لايتصور فى الطلاق عدد إلا الثلاث فذاك شرعا . أما فى الإمكان فيمكن أن تطلق عشرين ومائة وغيرهما وإن كان حكمه فى الشرع المنع ، فالمعنى طلقى نفسك العدد الذى هو الثلاث دون سائر الأعداد . وعلى قولهما يكون التفويض فى الثلاث خاصة فصحة تطليقها واحدة باعتبار ملكها ما دخلت فيه كما تقدم فى طلقى نفسك ثلاثا (كما لو قال كل من طعامى ماشئت) له أكل الكل (وطلق من نسائى من شاءت) فشئن كلهن له أن يطلقهن ؛ بخلاف ما إذا حملناها على التبعيض فإنه حينئذ يبطل عموم ما (ولأبى حنيفة أن كلمة من حقيقة فى التبعيض) إذا دخل على ذى أبعاض والطلاق منه (وما للتعميم فيعمل بهما) بمن فى معناها فى مثله وبما فى عموم مخصوص ضرورة إعمال من فى معناها فى مثله . بخلاف حمل من على البيان فإن ضابطه صحة وضع الذى مكانها ووصله بمدخولها مع ضمير منفصل . مثاله ـ فاجتنبوا الرجس من الأوثان ـ : أى الرجس الذى هو الأوثان . ولا يحسن هنا طلقى نفسك

(فإن قامت عن المجلس بطل الأمر) لما ذكرنا أنه تمليك والتمليك يقتصر على المجلس (وإن ردت الأمر كان ردا لأن هذا أمر واحد) إذ ليس فيه ما يدل على التكرار ، قيل هو احتراز عن كلما ، وكل ما هو أمر واحد يقتضى جوابا واحدا ليكون الجواب مطابقا للسؤال وذلك الجواب الواحد ينبغى أن يكون فى الحال . إذ ليس فى كلامه مايدل على الوقت مرادا . قيل وهو احتراز عن إذا ومتى والخطاب فى الحال يقتضى الجواب فى الحال لما قلنا ، فإذا ردت الأمر فقد حصل الجواب فى الحال ولا جواب بعده لعدم التكرار ، وإن قال لها طلقى نفسك من ثلاث ماشئت . فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين دون الثلاث عند أبى حنيفة ، وقالا : لها أن تطلق ثلاثا لأن كلمة ما محكمة فى التعميم وكلمة من قد تكون للتمييز) يعنى للبيان كما فى قوله تعالى ـ فاجتنبوا الرجس من الأوثان ـ وقد تكون للتبعيض وقد تكون لغيرهما كما عرف ذلك فاجتمع فى كلامه المحكم والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم ويجعل بيانا (كما إذا قال كل من طعامى ماشئت أو طلق من نسائى من شاءت . ولأبى حنيفة أن كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم والعمل بهما ممكن)من حيث أن يجعل المراد بعضا عاما ، والثنتان كذلك لأنه بالنسبة إلى الواحدة عام وبالنسبة

(قال المصنف : وهو خطاب فى الحال) أقول : احتراز عن إذا ومتى : يعنى أن هذا تمليك منجز غير مضاف إلى وقت فى المستقبل .

وفيما استشهدا به ترك التبعيض بدلالة إظهار السماحة أولعموم الصفة وهى المشيئة ، حتى لوقال من شئت كان على هذا الخلاف ، والله تعالى أعلم بالصواب .

ماشئت الذى هو الثلاث ، فإن ما موصول معرفة فلابد من كون موصوفها معرفة وهو هنا العدد فالمحل إلى طلقى نفسك العدد الذى شئته الذى هو الثلاث ويستلزم سبق العهد بالعدد الذى شاءته أو تشاؤه وأنه هو الثلاث فيكون التفويض ابتداء إنما هو فى الثلاث ، وإنما تملك أن تطلق نفسها واحدة لأنها جزء ما ملكته بالتفويض كقوله طلقى نفسك ثلاثا لها أن تطلق واحدة ، وليس المعنى على هذا بخلاف التبعيض حيث لايستلزم نبوة إذ المعنى طلقى نفسك عدداً شئته ، على أن مانكرة موصوفة ، فالجملة والجار والمجرور فى موضع الحال من الضمير الرابط المحذوف قيد فى العدد مزيل من إبهامه .

[فروع] قال أنت طالق ثلاثا إلا أن تشائى واحدة فشاءت واحدة طلقت واحدة . وقال محمد : لايقع شيء لأن معناه إن لم تشائى واحدة فأنت طالق ثلاثا ، فإذا شاءت واحدة لايقع شيء . ولأبى يوسف أنه أثبت لها مشيئة الواحدة فإذا شاءتها تقع . ولو قال طلقها إن شاء الله وشئت وأنت طالق إن شاء الله وفلان أو ماشاء الله وفلان لايقع بالمشيئة من فلان شيء لأنه عطف على باطل فيبطل ، ولو قال حين شئت فهو بمنزلة قوله طلقها إذا أو متى شئت لأن حين للوقت ، ولو قال إن شئت فأنت طالق إذا شئت أو متى شئت فلها مشيئتان مشيئة فى الحال ومشيئة فى عموم الأحوال ، لأنه علق بمشيئتها فى الحال طلاقا معلقا بمشيئتها فى أى وقت شاءت ، فإذا شاءت فى المجلس صار كأنه قال أنت طالق إذا شئت لأن المعلق كالمرسل عند الشرط . ولو قال لامرأتيه إذا شئتما فأنتما طالقان فشاءت إحداهما أو شاءتا طلاق إحداهما لايقع لأن الشرط مشيئتهما طلاقهما ولم يوجد . ولو قال لاثنين إن شئتما فهى طالق ثلاثا فشاء أحدهما واحدة والآخر ثنتين لم يقع شيء ، لأن الشرط مشيئتهما الثلاث ، بخلاف مالو قال لهما طلقاها ثلاثا فطلقها أحدهما واحدة والآخر ثنتين وقع الثلاث لأن كل واحد ينفرد بإيقاع الثلاث فيصح إيقاعه لبعضها . ولو قال إن شئت فأنت طالق ثم قال لأخرى طلاقك مع طلاق هذه وقع عليهما بمشيئة الأولى إن نوى الزوج وإلا فلا ، لأنه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه فى الوقوع ويحتمل فى الملك : أى كلاهما مملوكان لى فأيهما نوى صدق . ولو قال طالق إن شئت وأبيت أو إن شئت ولم تشائى لم تطلق أبدا لأنه جعل المشيئة والإباء شرطا واحدا ولا يمكن اجتماعهما . ولو قال إن شئت وإن لم تشائى فشاءت فى المجلس طلقت ، ولو قامت بلا مشيئة تطلق أيضا كما لو قال إن دخلت أو لم تدخلى . أما لو أخر الطلاق فقال إن شئت وإن لم تشائى فأنت طالق لاتطلق أبدا . ولو قال أنت طالق إن شئت وإن أبيت ، فإن شاءت يقع وإن أبت يقع ، وإن سكتت حتى قامت من المجلس لايقع . وكذا إن شئت أو أبيت . وفى طالق إن أبيت أو كرهت طلاقك فقالت أبيت تطلق. ولو قال إن لم تشائى طلاقك فأنت طالق فقالت لا أشاء لاتطلق لأن لفظ أبيت لإيجاد الفعل الذى هو الإباء وقد وجد ، وأما لفظ لم تشائى فللعدم لا للإيجاد وعدم المشيئة لايتحقق بقولها لا أشاء لأن لها أن تشاء من بعد وإنما يتحقق بالموت وفى أنت طالق واحدة إن شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق عند أبى يوسف. ولو قال لها طلقى نفسك وقال لها آخر أعتقى عبدك فبدأت بعتق العبد خرج الأمر من يدها ، ولو كان الأمر بالعتق زوجها فبدأت بالعتق لايبطل

إلى الثلاث بعض. فإن قيل: فعلى هذا لايتناول الواحد لأنه ليس بعام. أجيب بأنه يتناوله دلالة ، وإذا كان العمل بهما ممكنا لايهمل أحدهما (وفيما استشهد به ترك التبعيض) بدليل خارجى (وهو إظهار السماحة أو لعموم الصفة وهى المشيئة) فإن النكرة إذا اتصفت بصفة عامة تعم لما عرف وههنا كذلك (حتى لوقال من شئت كان على الخلاف)

خيارها فى الطلاق . وعنه لو قال لها أنت طالق إن شئت للسنة واحدة فلها المشيئة الساعة لاعند الطهر ، فإن شاءت الساعة وقعت عند الطهر . وعلى قياس قول أبى حنيفة إن كانت حائضا فلها المشيئة حين تطهر على إحدى الروايتين عنه فإنه ذكر فى باب المشيئة من طلاق الأصل : لو قال إن شئت فأنت طالق غدا فالمشيئة إليها للحال ، بخلاف أنت طالق غدا إن شئت فإن المشيئة إليها فى الغد ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : المشيئة إليها فى الغد فى الفصلين . وقال زفر : المشيئة للحال فيهما . وذكر فى الأمالى الخلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف على العكس . وفى المنتقى برواية بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة إذا قال أنت طالق غدا إن شئت أو أنت طالق إن شئت غدا لها المشيئة غدا ، وقالا : إن قدم المشيئة على الغد فلها المشيئة للحال ، وإن أخرها فلها المشيئة غدا. وفرّع على هذا لو قال اختارى غدا إن شئت أو اختارى إن شئت غدا ، أو أمرك بيدك غدا إن شئت أو أمرك بيدك إن شئت غدا فالمشيئة فى الغد فى الحالين عند أبى حنيفة ، وكذا إذا قال طلقى نفسك غدا إن شئت أو طلقى نفسك إن شئت غدا أو إن شئت فطلقى نفسك غدا لم يكن لها أن تطلق نفسها إلا فى الغد عنده ، وقالا : إن قدم المشيئة فلها أن تطلق نفسها فتقول فى الحال طلقت نفسى غدا . والمذكور فى الكافى وشرح الصدر الشهيد أنت غدا طالق إن شئت فقالت الساعة شئت كان باطلا ، إنما لها المشيئة فى الغد ، بخلاف قوله إن شئت فأنت طالق غدا فإن لها المشيئة فى مجلسها لأن فى الثانى علق بالمشيئة طلاقا مضافا إلى غد ، ولو علق بالمشيئة طلاقا منجزا تعتبر المشيئة حالا حتى لو قامت بطلت مشيئتها ، فكذا إذا علق بها طلاقا مضافا . وفى الأول بدأ بإضافة الطلاق إلى الغد ثم جعل ذلك معلقا بمشيئتها فتراعى المشيئة فى ذلك الوقت . وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة أن فى الفصلين تراعى المشيئة فى غد وعند زفر تعتبر المشيئة فيهما حالا . ولو قال لها أنت طالق إذا شئت إن شئت أو أنت طالق إن شئت إذا شئت فهما سواء تطلق نفسها متى شاءت . وعند أبى يوسف إن أخر قوله إن شئت فكذلك وإن قدمه تعتبر المشيئة فى الحال . فإن شاءت فى المجلس تطلق نفسها بعد ذلك إذا شاءت . ولو قامت من المجلس قبل أن تقول شيئا بطل . وقال شمس الأئمة فيما قدمنا من أن إن شئت فأنت طالق إذا شئت هنا مشيئتان الأولى على المجلس والأخرى مطلقة إليها معلقة بالمؤقتة ، فمتى شاءت بعد هذا طلقت ، قال : وإن لم تقل شئت حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها ، ولا فرق بين أن يقول إن شئت الساعة أو لم يذكر الساعة . ولو قال أنت طالق وطالق وطالق إن شاء زيد فقال زيد شئت واحدة لايقع شىء لأنه ما شاء الثلاث ، وكذا لو قال شئت أربعا . ولو قال أنت طالق إن شئت واحدة وإن شئت اثنتين فقالت شئت وقع الثلاث . ولو قال اخرجى إن شئت ينوى به الطلاق فشاءت ولم تخرج وقع نظيره قالت لزوجها طلقنى وطلقنى وطلقنى فقال الزوج طلقت فهى ثلاث . ولو قالت طلقنى طلقنى طلقنى بلا واو فطلق ، فإن نوى واحدة فهى واحدة وإن نوى ثلاثا فثلاث . ولو قالت لزوجها تريد أن أطلق نفسى؟ فقال الزوج نعم فقالت طلقت ينظر إن نوى الزوج التفويض وقع وإن نوى الرد : يعنى طلقى إن استطعت لايقع.

قيل ثم إنها إن طلقت نفسها ثلاثا لايقع شىء عند أبى حنيفة ، لأن مذهبه أن المفوض إليها الواحدة إذا طلقت نفسها ثلاثا لايقع ، فكذا التى فوض إليها ثنتان إذا طلقت نفسها ثلاثا لايقع وقد مر ، والله أعلم.

(باب الأيمان فى الطلاق)

(وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهى طالق) وقال الشافعى رحمه الله تعالى : لايقع لقوله صلى الله عليه وسلم « لاطلاق قبل النكاح »

(باب الأيمان فى الطلاق)

اليمين فى الأصل القوة . قال الشاعر :

إن المقادير بالأوقات نازلة ولا يمين على دفع المقادير

أى لاقوة ، وسميت إحدى اليدين باليمين لزيادة قوتها بالنسبة إلى الأخرى ، وسمى الحلف بالله يمينا لإفادته القوة على المحلوف عليه من الفعل أو الترك والحمل عليه بعد تردد النفس فيه . ولاشك فى إفادة تعليق المكروه للنفس على أمر بحيث ينزل شرعا عند نزوله قوة الامتناع عن ذلك الأمر وتعليق المحبوب لها على ذلك الحمل عليه فكان يمينا (قوله وإذا أضاف الخ) استعملها فى المفهوم اللغوى وإلا فالمثال لايطابق لأنه تعليق لا إضافة (قوله وقال الشافعى : لايقع) ونقل عن علىّ وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم وبه قال أحمد . وقال مالك : إن خص بلدا أو قبيلة أو صنفا أو امرأة صح ، وإن عمّ مطلقا لايجوز إذ فيه سد باب النكاح ، وبه قال ربيعة والأوزاعى وابن

(باب الأيمان فى الطلاق)

لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا وكناية أعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا من ذكر الطلاق ، والشرط والمركب مؤخر عن المفرد . واليمين فى الطلاق عبارة عن تعليقه بأمر بما يدل على معنى الشرط فهو فى الحقيقة شرط وجزاء ، سمى يمينا مجازا لما فيه من معنى السببية . إضافة ما يحتمل التعليق فى الشرط كالطلاق والعتاق والظهار إلى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص ، كما إذا قال لامرأة إن تزوّجتك فأنت طالق ، أو على العموم كقوله كل امرأة أتزوّجها فهى طالق ، وهوقول عمر روى ذلك عنه فى الظهار . وقال الشافعى : لايصح وهو قول ابن عباس ، واستدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام « لاطلاق قبل النكاح » روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه خطب امرأة فأبى أولياؤها أن يزوجوها منه ، فقال : إن نكحتها فهى طالق ثلاثا . فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « لاطلاق قبل النكاح » ولنا أن هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء ،

(باب الأيمان فى الطلاق)

(قوله لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا الخ) أقول : وفى أكثر التفويضات يقع الطلاق بعبارة النساء منجزا (قوله عبارة عن تعليقه بأمر بما يدل الخ) أقول : الباء فى بما متعلق بتعليقه بعد ماتقيد بقوله بأمر فلا يلزم تعلق حرفين من جنس واحد بمعنى واحد بفعل واحد ، ولك أن تمنع اتحاد المعنى فإن الثانى للاستعانة والملابسة والأول للإلصاق (قوله واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم « لاطلاق قبل النكاح » روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما أنه خطب امرأة فأبى أولياؤها أن يزوجوها منه فقال : إن نكحتها فهى طالق ثلاثا ، فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « لاطلاق قبل النكاح » أقول : فعلى هذا لايتوجه ماذكره المصنف فى معرض الجواب من قوله الحديث محمول على التنجيز ، إذ لااحتمال لكون ذلك الكلام طلاقا منجزا حتى يسألوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم . والحق أن مافى الكتاب إشارة إلى ما أخرجه ابن ماجه من حديث المسور بن مخرمة قال صلى الله عليه وسلم « لاطلاق قبل النكاح ، ولا عتق قبل الملك »

ولنا أن هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك فى الحال لأن الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك أثره المنع وهو قائم بالمتصرف ، والحديث محمول على نفى التنجيز ،

أبى ليلى . أما لو قال كل امرأة أتزوجها فهى على كظهر أمى فإنه يصير مظاهرا مع العموم لأن الحرمة ترتفع بالتكفير . وعندنا لا فرق بين العموم وذلك الخصوص إلا أن صحته فى العموم مطلق . يعنى لا فرق بين أن يعلق بأداة الشرط أو بمعناه ، وفى المعينة يشترط أن يكون بصريح الشرط ، فلو قال هذه المرأة التى أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لأنه عرفها بالإشارة فلا تؤثر فيها الصفة : أعنى أتزوجها ، بل الصفة فيها لغو فكأنه قال هذه طالق ، بخلاف قوله إن تزوجت هذه فإنه يصح ، ولابد من التصريح بالسبب . فى المحيط : لو قال كل امرأة أجتمع معها فى فراش فهى طالق فتزوج امرأة لا تطلق ، وكذا كل جارية أطؤها حرة فاشترى جارية فوطئها لا تعتق لأن العتق لم يضف إلى الملك . ولو قال نصف المرأة التى تزوجنيها طالق فزوجه امرأة بأمره أو بغير أمره لا تطلق لأن التعليق لم يصح . ولو تزوج امرأة على أنها طالق لم تطلق لأنه تعذر جعله بدلا أو شرطا . وكذا لو اشترى عبدا على أنه حر لم يعتق. ومذهبنا مروى عن عمر وابن مسعود وابن عمر . تمسك الشافعى بقوله صلى الله عليه وسلم «لا طلاق قبل النكاح» أخرجه ابن ماجه من حديث المسور بن مخرمة ، قال صلى الله عليه وسلم « لا طلاق قبل النكاح ، ولا عتق قبل ملك » وعنده طريق أخرى عن على رضى الله عنه يرفعه « لا طلاق قبل النكاح » انتهى . وفيه جويبر وهو ضعيف . وأخرج أبو داود والترمذى عنه صلى الله عليه وسلم « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لا يملك » قال الترمذى حسن ، وهو أحسن شىء روى فى هذا الباب. وأخرج الدارقطنى عن ابن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال يوم أتزوج فلانة فهى طالق ثلاثا ، قال : طلق ما لا يملك » وأخرج أيضا عن أبى ثعلبة الخشنى قال « قال عم لى : اعمل لى عملا حتى أزوجك ابنتى ، فقلت إن تزوجتها فهى طالق ثلاثا ثم بدا لى أن أتزوجها ، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال لى : تزوجها فإنه لا طلاق إلا بعد النكاح ، قال فتزوجتها فولدت لى سعدا وسعيدا » . ولنا أن هذا تعليق لما يصح تعليقه وهو الطلاق فيلزم

وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك فى الحال لأن الوقوع عند الشرط إذ العلة ليست بعلة فى الحال عندنا كما عرف فى الأصول (والملك متيقن به عنده) أى عند وجود الشرط ، وإذا كان متيقنا به عنده وقع الطلاق لوجود المقتضى وهو العلة لأن المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط ، وانتفاء المانع لوجود الشرط وهو منقوض بقوله إن دخلت الدار فأنت طالق فإنه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء ، وقيام الملك فى الحال شرط لصحته والجواب أن الملك متيقن به عند الشرط فى المتنازع فيه فلا يحتاج إلى اشتراطه فى الحال ، بخلاف صورة النقض فإنه لو لم يشترط فيها ذلك عريت عن الملك ظاهر لأن الظاهر عدم ما يحدث فضلا عن التيقن به ، وهذا جواب بالفرق والمصنف قائل به . وقوله (وقبل ذلك) أى وقبل وجود الشرط أثره المنع وهو قائم بالمتصرف لأنه يمين ومحله ذمة الحالف فلا يكون شرطا فى ذلك الوقت ، ومجال الكلام فى هذه المسئلة واسع وقد ذكرناه فى الأنوار والتقرير. وقوله (والحديث) يعنى ما رواه الشافعى محمول على نفى التنجيز ، فإن المنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق

والجواب عن حديث عبد الله منع صحته فليتأمل (قال المصنف : ولنا أن هذا تصرف يمين) أقول : إضافة بيانية : أى تصرف هو يمين (قوله وهو منقوض.الخ) أقول : فى توجيه النقض ما لا يخفى .

والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهرى وغيرهما (وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق) وهذا بالاتفاق لأن الملك قائم فى الحال، والظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط

كالعتق والوكالة والإبراء ، وما ظن مانعا من أنه رتب على النكاح ضد مقتضاه فيلغو ، وذلك لأن النكاح شرع سببا لثبوت الوصلة وانتظام المصالح فلا يملك جعله سببا لانقطاعها ، بخلاف العتق يصح تعليقه بالملك لأنه مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة إلى المطلوب . أما الطلاق فمحظور ، وإنما شرع للحاجة بتباين الأخلاق غلط لأن الحاجة كما تتحقق بعد الوصلة بالدخول كذلك قبل التزوج ، فإن النفس قد تدعو إلى تزوجها مع علمه بفساد حالها وسوء عشرتها ويخشى لجاجتها وغلبتها عليه فيؤيسها بتعليق طلاقها بنكاحها فطاما لها عن مواقع الضرر ، فيجب أن يشرع كما شرع تعليقه بخروجها ليفطمها عنه لما فيه من الضرر عليه فتحقق المقتضى وهو تكلمه بالتعليق لما يصح بلا مانع ، بل هو أولى بالصحة من تعليق طلاق المنكوحة لما سيذكر . والجواب عن الأحاديث المذكورة أما ماقبل الحديثين الأخيرين فمحمول على نفى التنجيز لأنه هو الطلاق ، أما الطلاق المعلق فليس به بل له عرضية أن يصير طلاقا وذلك عند الشرط (والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهرى) .قال عبد الرزاق فى مصنفه : أخبرنا معمر عن الزهرى أنه قال فى رجل قال كل امرأة أتزوجها فهى طالق وكل أمة أشتريها فهى حرة هو كما قال . فقال له معمر : أو ليس قد جاء « لاطلاق قبل نكاح . ولا عتق إلا بعد ملك » قال : إنما ذلك أن يقول الرجل امرأة فلان طالق وعبد فلان حر . وقول المصنف (وغيرهما) تصريح بما يفهم من كاف التشبيه المشعرة بعدم الحصر خصوصا بعد قوله مأثور عن السلف يعطى أنه مأثور عن غيرهما أيضا . أخرج ابن أبى شيبة فى مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والزهرى والأسود وأبى بكر بن عمرو بن حزم وأبى بكر بن عبد الرحمن وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامى فى رجل قال إن تزوجت فلانة فهى طالق أو يوم أتزوجها فهى طالق أو كل امرأة أتزوجها فهى طالق قالوا هو كما قال . وفى لفظ : يجوز عليه ذلك . وقد نقل مذهبنا أيضا عن سعيد بن المسيب وعطاء وحماد بن أبى سليمان وشريح رحمة الله عليهم أجمعين . وأما الحديثان الأخيران فلا شك فى ضعفهما . قال صاحب تنقيح التحقيق : إنهما باطلان، ففى الأول أبو خالد الواسطى وهو عمر بن خالد قال وضاع ، وقال أحمد وابن معين كذاب ، وفى الأخير على بن قرين كذبه ابن معين وغيره ، وقال ابن عدى : يسرق الحديث ، بل ضعف أحمد وأبو بكر بن العربى القاضى شيخ السهيلى جميع الأحاديث وقال ليس لها أصل فى الصحة ، ولذا ما عمل بها مالك وربيعة والأوزاعى ، فما قيل لم يرد مايعارضها حتى يترك العمل بها ساقط لأن الترجيح فرع صحة الدليل أولا ، كيف ومع عدم تقدير الصحة لادلالة على نفى

وتحقيقه أنهم سألوه عليه الصلاة والسلام عن كون ذلك طلاقا فقال « لاطلاق قبل النكاح » وليس الكلام فيه ، وإنما الكلام فى أن تعليق الطلاق بالنكاح جائز أو ليس بجائز ، وليس فى الحديث ما يدل على نفيه أو إثباته (والحمل على التنجيز مأثور عن السلف كالشعبي والزهرى وغيرهما) كمكحول وسالم بن عبد الله (وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ، وهذا بالاتفاق لأن الملك قائم فى الحال . والظاهر بقاؤه إلى وقت الشرط) لأن الأصل بقاء الشيء على ما كان وهو استصحاب الحال. لايقال :

(قوله وتحقيقه أنهم سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إلى قوله : فقال « لاطلاق قبل النكاح ») أقول : فيه بحث مرت الإشارة إليه .

. . . .

تعليقه بل على نفى تنجيزه . فإن قيل : لامعنى لحمله على التنجيز لأنه ظاهر يعرفه كل أحد فوجب حمله على التعليق فالجواب صار ظاهرا بعد اشتهار حكم الشرع فيه لا قبله . فقد كانوا فى الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا إذا وجد النكاح فنفى ذلك صلى الله عليه وسلم فى الشرع فى هذه الأحاديث وغيرها. بقى لهم بعد ذلك أن يمنعوا كون المعلق ليس طلاقا ليخرج عن تناول النص ، بل هو طلاق تأخر عمله إلى وجود الشرط كالبيع بشرط الخيار . والجواب أن أهل العرف واللغة لايفهمون من الطلاق تعليقه . وكذا الشرع لو حلف لايطلق امرأته فعلق طلاقها لايحنث إجماعا . ومما يؤيد ذلك مافى موطإ مالك أن سعيد بن عمر بن سليم الزرقى سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته إن هو تزوجها ، فقال القاسم : إن رجلا جعل امرأته عليه كظهر أمه إن هو تزوجها ، فأمره عمر إن هو تزوجها أن لايقربها حتى يكفر كفارة المظاهر . فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بالملك ولم ينكر عليه أحد ، فكان إجماعا والكل واحد . والخلاف فيه أيضا وكذا فى الإيلاء إذا قال إن تزوجتك فوالله لا أقربك أربعة أشهر يصح فمتى تزوجها يصير موليا . فإن قيل : هذا التعليق إنشاء تصرف فى محل فى حال لاولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبى بأن قال إذا بلغت فزوجته طالق . وتعليق البالغ طلاق الأجنبية بغير الملك . قلنا : لابد أولا من بيان المراد بقولنا هو طلاق أو ليس به إذ لاشك فى أنه لفظ الطلاق . والمراد أنه ليس سببا فى الحال لحكم الطلاق من العدة وغيرها تأخر عمله كالبيع بشرط الخيار . وحينئذ نقول : لا إشكال فى أن كون الشىء سببا شرعا لثبوت حكم فى محل لايتصور بدون اتصاله بذلك المحل شرعا : أعنى أن يعتبر الشرع أنه اتصل به سببا للحكم فيه لامجرد الاتصال فى اللفظ فإن سببيته ليست إلا بإيجابه الحكم فى محل حلوله ملزوما للحكم فيحل حيث حل . ولا ريب فى أن الشرط يمنع من ذلك للقطع بأنه لم يعن أنت طالق الآن ؛ بل إذا كان كذا فأنت طالق إذ ذاك لا الآن ، فإذا كان ذاك يرتفع المانع وهو التعليق فحينئذ ينزل بالمحل سببا ، بخلاف البيع بشرط الخيار لأنه لم يعلق البيع على منتظر بل أثبته فى الحال ، غير أنه جعل له خيار أن يفسخ إن لم يوافق غرضه رفقا به . وهذا لايمنعه من الوصول فى الحال بل يحقق سببيته فى الحال لو تأملت هذا التركيب . وأما عدم اعتباره من الصبى فليس لعدم ولايته على المحل بل لعدم أهليته للتعليق كالتنجيز . بخلاف البالغ فإن افتقاره فى التصرف إلى المحل إنما هو عند قصد التنجيز فيه للحال . وما نحن فيه التزام يمين يقصد بها بالذات البر : أعنى منع نفسه من تزوجها . وهذا يقوم به وحده فيتضمن هذا منع كونه تصرفا فى المحل فى حال عدم ولايته عليه بل تصرف مقتصر عليه إلا أنه لما كان الحنث أحد الجائزين وبتقديره ينعقد كلامه سببا وهو يستدعى المحلية وهما معا يتوقفان على ملك النكاح لزم لصحة كلامه فى الحال ظهور قيام ملكه عند انعقاده. ثم رأينا الشرع صححه مكتفيا بظهور قيامه عنده فيما إذا قال للمنكوحة إن دخلت الدار فأنت طالق فإن قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتصحيحه إياه مع تيقن قيامه أحرى وذلك فى المتنازع فيه وهو تعليقه بالملك ، وبهذا حصل الجواب عن الأخير : أعنى تطليقه فى الأجنبية بغير الملك ؛ ولهذا رأينا الشرع صحح قوله للأمة إذا ولدت ولدا فهو حر حتى يعتق ماتلده مع عدم قيام ملك عتق الولد قبل الولادة ؛ فظهر أن قيام المحلية للحكم ليس شرطا لصحة التعليق ؛ ولعمرى إن جل هذه المقاصد اشتمل عليها عبارة المصنف بنهاية الإيجاز وطلاوة الألفاظ . وقوله وقع عقيب النكاح يفيد أن الحكم يتأخر عنه وهو المختار لأن الطلاق المقارن

المحتاج إليه ثبوت الملك عند الشرط والاستصحاب حجة دافعة لامثبتة ، لأن الاستصحاب لايصلح حجة لإثبات مالم يكن وليس الكلام فيه ،

. . . .

لايقع كقوله أنت طالق مع نكاحك إذ لايثبت الشيء منتفيا ، ومرجع ضمير أثره تصرف يمين وهو إضافة بيانية : أى تصرف هو يمين ، وكذا هو فى قوله وهو قائم بالمتصرف ، أى فلا حاجة إلى اشتراط المحل بل قيام ذمة الحالف فى ذلك كاف . وقول مالك إنه سد على نفسه باب النكاح . قلنا : فماذا يلزم إذ قد يكون علم مصلحة فى ذلك دينا لعلمه بغلبة الجور على نفسه أو دنيا لعدم يساره ولنفسه لجاج فيوئسها ، على أنه يتصور تزوجه عندنا بأن يعقد له فضولى ويجيز هو بالفعل كسوق الواجب إليها أو الوطء . واعلم أن مقتضى ماذكر كون المضاف لاينعقد سببا فى الحال كالمعلق ، لكنهم جعلوه سببا فى الحال نحو أنت طالق يوم يقدم فلان ، ولا فرق إلا ظهور إرادة المضيف الإيقاع ، بخلاف المعلق فإن قصده البر . فكأن هذا المعنى المعقول صارفا للفظ عن قضيته ولا يعرى عن شيء مع إن نحو أنت طالق غدا وإذا جاء غد واحد فى قصد الإيقاع ، وهم يجعلون إذا جاء غد تعليقا غير سبب فى الحال والآخر سببا فى الحال . وأما قولهم إنه ينزل سببا عند الشرط كأنه عند الشرط أوقع تنجيزا فالمراد الإيقاع حكما ، ولهذا إذا علق العاقل الطلاق ثم جن عند الشرط تطلق ، ولو كان كالملفوظ حقيقة لم يقع لعدم أهليته .

[فروع] فى المنتقى : إن تزوجت فلانة : فهى طالق وإن أمرت من يزوجنيها فهى طالق فأمر إنسانا أن يزوجها منه طلقت لأنهما يمينان إحداهما على الأمر والأخرى على التزوج . ولو قال إن تزوجت فلانة وإن أمرت من يزوجنيها فهى طالق فأمر إنسانا أن يزوجها منه فتزوجها بنفسه طلقت لأن اليمين واحدة والشرط شيئان وقد وجدا ، بخلاف مالو كان الواقع مجرد الأمر حيث لاتنحل اليمين . وكذا لو تزوجها من غير أن يأمر أحدا لاتطلق لأنه بعض الشرط ، فإن أمر بعد ذلك رجلا فقال زوجنى فلانة وهى امرأته على حالها طلقت لكمال الشرط . ولو قال إن تزوجت فلانة أو أمرت إنسانا أن يزوجنيها فهى طالق فأمر غيره فزوجه تلك المرأة لم تطلق لأنه حنث بالأمر قبل تزويج المأمور فانحلت اليمين بلا وقوع شيء فلا يحنث بتزوجه بعده . وعن أبى يوسف : إذا قال إن تزوجت فلانة أو خطبتها فهى طالق فخطبها فتزوجها لاتطلق ، قال فى الكتاب لأنه حنث بالخطبة ، فهذا يدل على أن اليمين منعقدة ، وهو رد على من قال اليمين غير منعقدة لأن الشرط أحدهما . وأحدهما بعينه صالح والآخر لا فإنه نص على الحنث . حتى لو تزوج قبل الأمر فى المسئلة التى قبلها وقبل الخطبة فى هذه المسئلة وقع بأن قال للمرأة ابتداء بحضرة رجلين تزوجتك بألف فقبلت طلقت . وفى فوائد شمس الأئمة الحلوانى : لو قال إن تزوجت فلانة فهى طالق إن تزوجت فلانة فتزوج فلانة لاتطلق . فإن طلقها ثم تزوجها تطلق . ووجهه أنه اعتراض الشرط على الشرط كقوله إن تزوجتك فأنت طالق إن دخلت الدار لاتطلق حتى يتحقق مضمون الشرطين . رجل له مطلقة فقال إن تزوجتها فحلال الله على حرام فتزوجها تطلق . ولو قال لامرأته إن تزوجت عليك ماعشت فحلال الله على حرام . ثم قال إن تزوجت عليك فالطلاق على واجب ثم تزوج عليها يقع على كل منهما تطليقة باليمين الأولى وتقع أخرى على واحدة منهما باليمين الثانية يصرفها إلى أيتهما شاء . هذا فى النوازل . قال فى المحيط : وفيه نظر ، وينبغى أن لاتطلق فى اليمين الثانية لأن اليمين الثانية تعليق إيجاب الطلاق بالتزويج وإنه لايصح ، بخلاف تعليق نفس الطلاق . وينبغى أن يقع باليمين الأولى طلاق إحداهما يصرف إلى أيتهما شاء . ولأن اليمين الأولى لما

. . . .

فيصح يمينا أو إيقاعا (ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكا أو يضيفه إلى ملك) لأن الجزاء لابد أن يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور بأحد هذين، والإضافة إلى سبب الملك بمنزلة الإضافة إليه لأنه ظاهر عند سببه (فإن قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار

انصرفت إلى الطلاق صار كأنه قال زن ويرا طلاق، ومن قال ذلك وله امرأتان يقع على إحداهما انتهى. وفى نظره نظر. أما قوله وينبغى أن لاتطلق فى اليمين الثانية الخ فبناء على أن التنجيز بالطلاق على واجب ليس بصحيح، وأنت قد علمت مافى ذلك من الاختلاف، وأن المختار وقوع الطلاق، والمذكور فى النوازل بناء عليه. وأما قوله وينبغى أن يقع باليمين الأولى طلاق إحداهما الخ فليس بصحيح لأن حلال الله عام استغراقى لابدلى فيشمل الزوجتين معا فقد حرمهما وزن ويرا طلاق ليس مثله لأن معناه امرأته، وهو إنما يتناول الواحدة فقد أوقع الطلاق على واحدة مبهمة فإليه تعيينها، وإذا قال كل امرأة أتزوّجها طالق فزوجه فضولى فأجاز بالفعل بأن ساق المهر ونحوه لاتطلق، بخلاف ما إذا وكل به لانتقال العبارة إليه (قوله فيصح يمينا أو إيقاعا) أى فيصح التعليق المذكور يمينا عندنا لأنه لايعمل عندنا فى الحال، أو إيقاعا عند الشافعى لأنه عنده سبب فى الحال (قوله ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكا أو يضيفه إلى ملكه لأن الجزاء لابد أن يكون ظاهر الوجود) أى ظاهرا وجوده عند الفعل، وقوله وهو القوّة: أى على الامتناع هنا (قوله والظهور بأحد هذين) لفظ الظهور هنا بالمعنى اللغوى كذا لفظ ظاهر المذكور آنفا. وما كان ظاهر الوجود فتعلق الإدراك به قد يكون على وجه الظهور بالمعنى العرفى الخاص وقد يكون على وجه القطع. والحاصل أن قوله للأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق حين صدر لايصح جعله إيقاعا لعدم المحل ولا يمينا لعدم معنى اليمين وهو مايكون حاملا على البر لإخافته لأنه لم يصدر مخيفا لعدم ظهور الجزاء عند الفعل لعدم ظهور ثبوت المحلية عند وجود الشرط. لايقال: لم لم يكن الأمر فيه موقوفا على العاقبة، إن تزوّجها ظهر كونه يمينا وإلا فهو على الاحتمال إلى أن يموت أحدهما. لأنا نقول: تحقق عدم اليمين حال صدوره لانتفاء حقيقته فإنه لم يقع مخيفا فلم يقع يمينا فلاتتحقق يمين فى الوجود إلا بلفظ آخر، ومعنى الإخافة هنا إخافة لزوم نصف المهر إن تزوّجها لأنه حينئذ يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع عن التزوّج خوفا من ذلك. وقد أورد على هذا قوله إذا حضت فأنت طالق فإنه يمين مع أنه لاحمل فيه ولا منع بإخافة. وأجيب بأن العبرة للغالب لاللشاذ (قوله والإضافة إلى سبب الملك) يعنى التزوّج (بمنزلة الإضافة إليه) وقال بشر المريسى:

(قوله فيصح يمينا) يعنى عندنا على مامر (أو إيقاعا) يعنى عند الشافعى، فإن عنده كونه طلاقا معلق لا التطليق فكان إيقاعا فى الحال ولكن لم يثبت فيه حكمه (ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكا) للمحلوف عليه (أو يضيفه إلى ملك) لأن الجزاء لابد أن يكون ظاهرا) أى غالب الوجود (والظهور بأحد هذين) الأمرين: أما أن الجزاء لابد أن يكون ظاهرا (فليكون مخيفا بوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهو القوة) فإن الحامل على الحمل أو المنع اللذين عقد اليمين لأجلهما هو قوة خوف نزول الجزاء، والخوف إنما يكون إذا كان الجزاء غالب الوجود عند الشرط، وأما أن ظهوره بأحد هذين الأمرين فلأنه إذا انعدم ما انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين: أعنى الحمل أو المنع (والإضافة إلى سبب الملك) كقوله إن اشتريتك فأنت حر بمنزلة الإضافة إلى الملك) كقوله إن ملكتك فأنت حر (لأنه) أى الجزاء (ظاهر عند سببه) يعنى سبب الملك (قوله فإن قال لأجنبية) تفريع على مامهد من الأصل وهو ظاهر. واعترض بأنه لايجوز أن يقدر تزوجتك حتى

لم تطلق) لأن الحالف ليس بمالك ولا أضافه إلى الملك أو سببه ولا بد من واحد منهما وألفاظ الشرط إن وإذا وإذا ما

لايصح لأن الملك يثبت عقيب سببه ، فإذا كان الشرط هو ذلك السبب اقترن الملك والوقوع والطلاق المقارن لثبوت ملكه أو لزواله لايقع كطالق مع نكاحك أو مع موتى ، بخلاف ما إذا علقه بنفس الملك فإنه حينئذ يتقدم الملك . والجواب ما قال محمد : حمل الكلام على الصحة أولى من إلغائه فيكون قد ذكر السبب وأراد به المسبب ، فتقدير قوله إن تزوّجتك إن ملكتك بالتزوّج ، لكن تعليل المصنف بقوله لأنه ظاهر عند سببه ينبو عن هذا ، إلا أن يجعل بيان وجه التجوّز بالسبب عن المسبب وهو بعيد إذ ليس هذا موضعه ، بل هو فى هذا الفن من المسلمات وكان سبب عدول المصنف عنه أنهم دفعوا الوارد على قولهم فى قوله لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق فتزوّجها فدخلت لاتطلق من أنه لم لم يعتبر تمام الكلام مضمرا تصحيحا ، والتقدير إن تزوّجتك فدخلت حتى يصح ويقع به كما قال به ابن أبى ليلى لأن اليمين مذموم فى الشرع أو غير مطلوب فلا يحتال فى تصحيحه . وهذا ينافى ذلك الجواب . ويكفى فى جواب ابن أبى ليلى ماقدمه المصنف ، لكن لايخفى ورود أن يقال إما أن يراد بالسبب المسبب أو حقيقته ، والأول تصحيح اليمين فيلزم مثله فى المنقول عن ابن أبى ليلى ، وعلى الثانى يرد ما قال بشر المريسى . والأولى أن يدفع ماقال ابن أبى ليلى بأنه لاطريق إلى تحقيق تلك الإرادة لانتفاء الحقيقة وطريق المجاز ، بخلاف مانحن فيه ، وعلى هذا لايحسن المذكور فى الكتاب أيضا ، بل الأولى أن يقال : الإضافة إلى سبب الملك مراد بها الإضافة إلى الملك كما أجاب به محمد رحمه الله .

[فروع] لو قال إن تزوّجتك فأنت طالق قبله ثم نكحها يوقعه أبو يوسف لأنه علقه بالنكاح وذكر معه وقتا لايقدر على إيقاعه فيه فلغا ذكره الوقت وبقى التعليق . وقالا : لايقع لأن المعلق كالملفوظ عند الشرط . ولو قال وقت النكاح أنت طالق قبل أن أنكحك لاتطلق كذا هذا . ولو قال لوالديه إن زوّجتمانى امرأة فهى طالق ثلاثا فزوّجاه امرأة بغير أمره لاتطلق لأن التعليق لم يصح لأنه غير مضاف إلى ملك النكاح لأن تزويج الوالدين له بغير أمره غير صحيح . ولو قال رجل لأجنبية مادمت فى نكاحى فكل امرأة أتزوّجها فهى طالق فتزوّجها ثم تزوّج غيرها لاتطلق ، أما إذا قال لها إن تزوّجتك فما دمت فى نكاحى فكل امرأة أتزوّجها فهى طالق فتزوّجها ثم تزوّج غيرها تطلق (قوله وألفاظ الشرط الخ) ومن جملتها لو ومن وأىّ وأيان وأين وأنى وجميعها تجزم إلا لو وإذا ،

يئول معناه إن تزوّجتك ودخلت الدار فأنت طالق صيانة عن الإلغاء . وأجيب بأن فعل اليمين مما يذم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدى إلى مذمته ، كذا قال عامة الشارحين ، وفيه نظر لأن التعليق ليس بيمين حقيقة . ولئن كان فقد يقع فيما يكون محمودا شرعا ، كما إذا قال إن اشتريتك ودخلت الدار فأنت حرّ فإن لصاحب الشرع عناية بوقوع الحرية . والصواب أن يقال : المقدر إما أن يكون محذوفا أو مقتضى ، وليس بمحذوف لأن المذكور ليس بمتوقف عليه لغة ولا مقتضى لأن من شرطه أن يكون المقدر أحط رتبة من المذكور وأن لايتغير المذكور عند التصريح بالمقدر ، والشرطان منتفيان ، أما الأول فظاهر لأن التزوج أعلى رتبة من دخول الدار . وأما الثانى فلأن الشرط قبل التصريح دخول الدار وحده وبعده التزوّج والدخول ، فما كان شرطا صار بعضه وموضعه أصول الفقه (قال وألفاظ الشرط) عبر بألفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لأن عامتها أسماء ، ولم يورد

(قوله وفيه نظر لأن التعليق ، إلى قوله : والصواب أن يقال) أقول : فيه بحث .

وكل وكلما ومتى ومتى ما) لأن الشرط مشتق من العلامة ، وهذه الألفاظ مما تليها أفعال فتكون علامات على الحنث ، ثم كلمة إن حرف للشرط لأنه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها . وكلمة كل ليست شرطا حقيقة لأن ما يليها اسم والشرط مايتعلق به الجزاء والأجزية تتعلق بالأفعال إلا أنه ألحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم

وقيل يجزم بها إذا زيد بعدها ما ، والمشهور أنه إنما يجزم بإذا فى الشعر وكذا بلو . قال ، لويشأ طار به ذو ميعة ، (قوله لأن الشرط مشتق من العلامة) يعنى من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك . قال تعالى ـ فقد جاء أشراطها ـ أى علاماتها ، وهذا لأن الاشتقاق لابد فيه من الاشتراك فى المادة ولامشاركة بين لفظ علامة وشرط (قوله فتكون علامات) أى يكون وجود الأفعال علامات على الحنث والحنث هو وقوع الجزاء . فالحاصل أن معنى ألفاظ الشرط علامات وجود الجزاء : أى تدل على ذلك بالذات . وإلا فكل من هذه ولفظ لو أيضا كذلك فى الجملة ، فإنه لما كان كذلك كان المفاد بها امتناع فعل الشرط المستلزم لامتناع الجواب ، نحو لو جاء زيد لأكرمتك فيعرف أن ذلك الفعل إذا وجد استلزم وجود الجواب . لأن اللازم يثبت عند الملزوم ، وعلى هذا فجميع الأدوات تفيد الوجود للوجود إلا أن لما لما كانت أدخل حيث وضعت لإفادة أن الشرط قد وجد وفرغ منه خصت بقولنا حرف وجود لوجود . ولو وضعت لإفادة امتناع الملزوم ودلت على الوجود للوجود بالالتزام فخصت بحرف امتناع ، ولم يذكرها المصنف لأن مقصوده ينافيه : أعنى التعليق على ما على خطر الوجود لأنها أفادت تحقق عدمه فلا يحصل معنى اليمين . ولعدم حصوله لم تذكر لما . وإن كان لو قال لو دخلت الدار فأنت طالق تعلق الطلاق كما ذكره التمرتاشى . ويروى عن أبى يوسف رحمه الله لكنه ليس معناها الأصلى ولا المشهور ، ولذا قال بعضهم لايتعلق . وفى الحاوى فى فروعنا : لوقال أنت طالق اوتزوجتك تطلق إذا تزوجها ، وقد ورد فى قوله ـ وليخش الذين لوتركوا من خلفهم ذرية ـ الآية . فذهب بعض النحويين إلى تجويزه ، وأكثر المحققين أنها ليست إلا للتعليق فى الماضى . وأجابوا عن الآية بما يوقف عليه فى كلامهم ، وكذا لعدم حصول معنى اليمين فى التعليق بلما لم يذكرها وذكر كلا وليست شرطا لثبوت معنى الشرط معها وهو التعليق بأمر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع صفة الاسم الذى أضيفت إليه .

[فروع] قال أنت طالق لولا دخولك أولولا أبوك أو لولا مهرك لم يقع ؛ وكذا فى الإخبار بأن قال طلقت

أحد حرفى الشرط وضعا وهولو . قال فى النهاية : لأن كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظا ، وهذه الألفاظ تعمل عمله لفظا ومعنى ، فإنها فى مواضع الجزم تجزم وفى غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء فى جزائهن ، بخلاف كلمة لو ، وهذا لامدخل له فى علم الفقه . والصواب أن يقال : قد تقدم أن التعليق يمين تعقد للحمل أو المنع ، وذلك إنما يكون فى المستقبل ، ولو موضوعة لامتناع الشىء لامتناع غيره فى الماضى فأنى له مدخل فى ذلك . وقوله (لأن الشرط مشتق من العلامة) قال فى الصحاح : الشرط بالتحريك العلامة ، وأشراط الساعة علاماتها ، فعلى هذا يكون معنى ماذكر فى الكتاب أن الشرط مشتق من الشرط الذى هو بمعنى العلامة . لأن المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير ، وهو أن تجد بين اللفظين تناسبا فى اللفظ والمعنى . وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظى فيقدر ذلك ليستقيم . وقوله (وهذه الألفاظ مما تليها الأفعال) يعنى غير كلمة كل فإنه يذكر فيما

(قال المصنف : لأن الشرط مشتق من العلامة) أقول : يعنى من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك ، قال الله تعالى ـ قد جاء

الذى يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهوحر . قال رضى الله تعالى عنه :

بالأمس لولا كذا . واعلم أن موضع وجوب الفاء لايتحقق التعليق إلا بها إلا أن يتقدم فيتعلق بدونها على خلاف فى أنه حينئذ هو الجواب أو يضمر الجواب بعده والمتقدم دليله . وأما الفقيه فنظره من جهة المعنى فلا عليه من اعتباره الجواب . فإذا قال إن دخلت الدار أنت طالق وقع للحال ، فإن نوى تعليقه دين ، وكذا إن نوى تقديمه . وعن أبى يوسف لايتنجز حملا لكلامه على الفائدة فتضمر الفاء كما فى قوله « من يفعل الحسنات الله يشكرها » ودفع بما إذا أجاب بالواو فإنه يتنجز ويلغو الشرط مع أنه يمكن تعليقه حتى لو نواه دين . وفى الحكم روايتان ذكره فى الغاية . قال فى الدراية : ولو نوى تقديمه فى هذه الصورة قيل يصح وتحمل الواو على الابتداء ، وفيه ضعف لأن واو الابتداء لاتستعمل إلا فى أول كلام ومواضع الفاء جمعت مفاريد فى بيت هو هذا :

طلبية واسمية وبجـامد وبما ولن وبقد وبالتنفيس

وأحببت ذكر بعض زيادة على ذلك وإيضاحه ليفهم فنظمتها فى ثلاثة أبيات وهى هذه :

تعلم جواب الشرط حتم قرانه بفاء إذا ما فعـله طلبا أتى

كذا جامدا أو مقسما كان أو بقد ورب وسين أو بسوف ادر يافتى

أو اسمية أو كان منفى ما وإن ولن من يحد عما حددناه قد عتى

ولو أخر الشرط وأدخل الفاء فى الشرط بأن قال أنت طالق فإن دخلت لارواية فيه فيمكن أن يقال يتنجز لأن الفاء فاصلة ، ويمكن أن يقال يتعلق لأن الفاء حرف تعليق . وقياس المذكور فى حذف الفاء فى موضع وجوبها ، وذكر الواو مع الجواب أن يكون التنجيز موجب اللفظ إلا أن ينوى التعليق لاتحاد الجامع وهو عدم كون التعليق إذ ذاك مدلول اللفظ فلا يثبت إلا بالنية ، والفاء وإن كان حرف تعليق لكن لايوجبه إلا فى محله فلا أثر له هنا . ولو قال أنت طالق إن تنجز عند محمد لعدم مايتعلق به ، وعند أبى يوسف لا لأن ذكره بيان لإرادته التعليق . ولو قال أنت طالق دخلت تنجز لعدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط لأن ذلك فى غير المعينة مثل المرأة التى أتزوجها طالق ، أما فى المعينة فلغو على ماقدمناه أول الباب . ولو قال أنت طالق أن دخلت بفتح الهمزة وقع فى الحال وهو قول الجمهور لأنها للتعليل ، ولايشترط وجود العلة . وقد ناظر محمد الكسائى فى ذلك فى مجلس الرشيد فزعم الكسائى أنها بمعنى إذا استدلالا بقوله تعالى - يمنون عليك أن أسلموا - وبقوله تعالى - تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الأرض وتخر الجبال هدا أن دعوا للرحمن ولدا - وقول محمد أولى إذ لاأصل لجعلها كإذا ، وليس المراد فى الآيتين ماذكر بل التعليل هو المعنى الظاهر فيهما . ولو قال أنت طالق وإن دخلت الدار طلقت بكل حال لأن الواو فى مثله عاطفة على شرط هو نقيض المذكور على ماعرف فى موضعه ، تقديره إن لم تدخلى وإن دخلت ، وإن

يليها اسم ، وفى كلامه نظر لأنه استدلال على الموضوعات اللغوية ، وليس ذلك طريق معرفتها وإنما طريق ذلك السماع ، وهذه الألفاظ سمعت مستعملة فى موضع الشرط فلا حاجة إلى الاستدلال ؛ ولئن صح الاستدلال فدليله ههنا لايفيد مطلوبه لأن مطلوبه أن هذه ألفاظ الشرط ودليله ، لأن الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه الذى قررناه ، وهذه الألفاظ مما يليها الأفعال ، وهذا أيضا مسلم لكن قوله فتكون علامات على الحنث ليس

أشراطها - أى علاماتها (قوله فدليله ههنا لايفيد مطلوبه) أقول : فيه بحث ، فإن ماذكره المصنف بيان وجه التسمية .

(فى هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين)لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة ، فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه (إلا فى كلما فإنها تقتضى تعميم الأفعال) قال الله تعالى ـ كلما نضجت جلودهم ـ الآية ، ومن ضرورة التعميم التكرار . قال (فإن تزوّجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شىء)

هذه هى الوصلية ، ويقع فى الحال بقوله أنت طالق إذ دخلت وبقوله ادخلى الدار ، وأنت طالق يتعلق بالدخول لأن الحال شرط مثل أدّ إلىّ ألفا وأنت طالق لاتطلق حتى تؤدى (قوله فى هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة ، فبوجود الفعل مرة يتم الشرط) وإذا تم وقع الحنث فلا يتصوّر الحنث مرة أخرى إلا بيمين أخرى أو بعموم تلك اليمين وليس فليس . وقال بعضهم فى متى إنها تفيد التكرار كقوله :

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد

والحق أنها إنما تفيد عموم الأوقات بمعنى أنّ أى وقت تأتى تجد ذلك ، ففى متى خرجت فأنت طالق ـ المفاد أن أىّ وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق ، فإذا تحقق فى وقت وقع ، ثم لايقع بخروج آخر إلا لو أفادت التكرار . وإن مع لفظ أبدا مؤدى لفظ متى بانفراده ، فإذا قال إن تزوجت فلانة أبدا فهى طالق فتزوّجها فطلقت ثم تزوجها ثانيا لاتطلق ، كذا أجاب أبو نصر الدبوسى . ومن غرائب المسائل ما فى الغاية : مَن قال لنسوة له من دخل منكن فهى طالق فدخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة لأن الفعل وهو الدخول أضيف إلى جماعة فيراد به عمومه عرفا مرة بعد أخرى ، واستشهد له بقوله تعالى ـ ومن قتله منكم متعمدا ـ أفاد العموم ، ولذا تكرر الجزاء على قاتل واحد ، وبما ذكر محمد فى السير الكبير : إذا قال الإمام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما . واستشكل بأن العموم فى الأول لعموم الصيد المحلى باللام ، ثم رجع إليه ضمير من قتله فعليه جزاؤه فعم لذلك لا لما ذكر . وعموم الثانى بدلالة الحال وهو أن مراده التشجيع وكثرة القتل . قيل والأولى الاستشهاد بقوله تعالى ـ وإذا رأيت الذين يخوضون فى آياتنا ـ الآية حيث يحرم القعود مع الواحد فى كل مرة فقد أفادت إذا التكرار لعموم الاسم الذى نسب إليه فعل الشرط . والأوجه أن العموم بالعلة لابالصيغة فيهما لما فيهما من ترتيب الحكم وهو الجزاء فى الأول ومنع القعود على المشتق منه وهو القتل والخوض فيتكرر به . وفى المحيط وجوامع الفقه : لو قال أىّ امرأة أتزوّجها فهى طالق فهو على امرأة واحدة ؛ بخلاف كل امرأة أتزوّجها حيث تعم بعموم الصفة ؛ واستشكل حيث لم يعم أى إمرأة أتزوّجها بعموم الصفة (قوله إلا فى كلما فإنه يتكرر) ومن لطيف مسائلها إذا قال لامرأته وقد دخل بها كلما طلقتك فأنت طالق فطلقها طلقة يقع ثنتان . ولو قال كلما وقع طلاق عليك فأنت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث . والفرق أن الشرط فى الثانية اقتضى تكرار الجزاء بتكرر الوقوع فيتكرر إلا أن الطلاق لايزيد على الثلاث فيقتصر عليها ، وفى الأولى اقتضى تكرره بتكرر طلاقه . ولا يقال طلقها إذا طلقت بوجود الشرط فيقع تطليقتان : إحداهما بحكم الإيقاع ، والأخرى بحكم التعليق (قوله ومن ضرورة التعميم التكرار) أورد فى كل عموم ولا تكرار ، فإنه لو قال كل امرأة أتزوجها طالق فتزوّج فطلقت ثم تزوجها بعد ذلك

بلازم للمقدمتين المذكورتين ، وهو ظاهر وكلامه واضح . وقوله (إلا فى كلما فإنها تقتضى تعميم الأفعال ، قال الله تعالى ـ كلما نضجت جلودهم ـ الآية . ومن ضرورة التعميم التكرار) فيه نظر من وجهين : أحدهما أنه

لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات فى هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به و بالشرط . وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى ، وستقرره من بعد إن شاء الله تعالى (ولو دخلت على نفس التزوّج بأن قال كلما تزوّجت امرأة فهى طالق يحنث بكل مرة و إن كان بعد زوج آخر) لأن انعقادها باعتبار مايملك عليها من الطلاق بالتزوّج و ذلك غير

فباعتبار عموم الاسم ولم ينشأ من نفس الشرط. وأجيب بأن المراد تعميم الأفعال والتكرار من ضرورته لانه إنما يكون باعتبار القيام بآحاد متعددة يكون بتجدد الأمثال من واحد (قوله ولو دخلت على نفس التزوّج بأن قال كلما تزوّجت امرأة فهى طالق يحنث بكل مرة) أبدا لأن الشرط ملك يوجد فى المستقبل وهو غير محصور . وكلما وجد هذا الشرط تبعه ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه . وعن أبى يوسف فى المنتقى : إذا قال كلما تزوّجت امرأة فهى طالق فتزوّج امرأة طلقت . فإن تزوّجها ثانيا لا تطلق إلا مرة واحدة . ولو قال ذلك لمعينة كلما تزوجتك أو تزوّجت فلانة تكرر دائما . واستوضحه بما إذا قال كلما اشتريت ثوبا أو ركبت دابة لايلزمه ذلك إلا مرة واحدة . والحاصل أن كلما عند أبى يوسف إنما توجب التكرار فى المعينة لا فى غير المعينة . وحقيقة البحث ادعاؤه اتحاد الحاصل بين كل وكلما إذا نسب فعلها إلى منكر . فإن قلت : بينهما فرق . فإن كلا يقتضى عموم الأسماء وعموم الأفعال يثبت ضرورة . وكلما يقتضيه فى الأفعال وعموم الأسماء يثبت ضرورة . فإذا وجد فى لفظ كل اسم واحد انحلت فى حقه ولا يتكرر به نفسه وبقيت فيما سواه من الأسماء . وفى كلما إذا وجد فعل انحلت باعتباره وبقيت فيما سواه من الأفعال المماثلة سواء تعلقت بما تعلق به الأول أولا . قلنا : قد اعترفتم بثبوت عموم الأسماء ضرورة ولا حاجة بنا إلى النظر إلى سببه . إذ المقصود أنه يثبت العموم فى الأفعال والأسماء فصار الحاصل كل تزوّج لكل امرأة . وفى مثله تنقسم الآحاد على الآحاد ظاهرا على ماقرروا فى ركب القوم دوابهم وجعلوا أصابعهم فى آذانهم . فلزم بالضرورة أنها إذا انحلت فى فعل انحلت فى اسمه فلا يتكرر الحنث فى امرأة واحدة . وهذا هو الجامع بين هذه المسئلة وبين ما قاس عليه من المسئلتين . ويدفع بأن

عد كلمة كل من ألفاظ الشرط وعند وجود الشرط لم ينته اليمين . فإن من قال كل امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة طلقت ، ولو تزوج أخرى طلقت كذلك ، فكان الواجب أن يقول فى الاستثناء إلا فى كل وكلما . ...يم فى كلمة كل موجود كما ذكرنا آنفا ولا تكرار فيه . حتى

التى طلقت ثانيا لم يقع الجزاء . والجواب عن الأول أن شرطية هذه الألفاظ إنما هى باعتبار مايليها من

ن الحظر إنما يحصل باعتباره وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين ، ولهذا لو تزوّجها ثانيا لم تطلق . وعدم الانتهاء باعتبار عموم الأسماء لم ينشأ من منشإ الشرط فلا يكون مناقضا . وعن الثانى أن المراد بقوله ومن ضرورة التعميم تعميم الأفعال ، لأن الكلام فيه . والتعميم فى الأفعال إنما يكون بتجدد الأفعال وهو المراد بالتكرار : فإذا قال كلما دخلت الدار فأنت طالق طلقت حتى ينتهى إلى الثلاث ، فإن تزوّجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شىء لأن الجزاء طلقات هذا الملك ولم يبق شىء منها ، وبقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء فإذا انتفى الجزاء ينتفى الكل . وفيه خلاف زفر وسيجىء (ولو دخلت على نفس التزوّج بأن قال كلما تزوّجت امرأة فهى طالق يحنث بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر لما ذكرنا أن انعقادها باعتبار مايملك عليها من الطلاق بالتزوّج) وهو غير

(قوله إنما هى باعتبار مايليها الخ) أقول : أى بالذات أو بواسطه اسم (قوله قد انتهت اليمين) أقول : فى كلمة كل أيضا .

محصور . قال (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) لأنه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين (ثم إن وجد الشرط فى ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق) لأنه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا (وإن وجد فى غير الملك انحلت اليمين) لوجود الشرط (ولم يقع شىء) لانعدام المحلية (وإن اختلفا فى وجود الشرط فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة) لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط . ولأنه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه (فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها فى حق نفسها مثل أن

انقسام الآحاد على الآحاد عند التساوى وهو منتف لأن دائرة عموم الأفعال أوسع لأن كثيرا من أفراده ما يتحقق بالتكرار من شخص واحد وقد فرض عمومه بكلما فلا يعتبر كل اسم بفعل واحد فقط . والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب (قوله وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) حتى لو طلقها فانقضت عدتها بعد التعليق بدخول الدار ثم تزوجها فدخلت طلقت . وكذا إذا قال لعبده إن دخلت فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل عتق فى الحال . ولابد من تقييد عدم البطلان بما إذا زال الملك بما دون الثلاث . أما إذا طلقها ثلاثا فتزوجت بغيره ثم عادت فدخلت لا تطلق على ما سيأتى . ثم إن وجد الشرط فى ملكه انحلت اليمين إلى آخر ما فى الكتاب . هذا وكما يبطل التعليق بتنجيز الثلاث خلافا لزفر كذلك يبطل بلحاقه بدار الحرب عند أبى حنيفة خلافا لهما . حتى لو دخلت الدار بعد لحاقه وهى فى العدة لا تطلق خلافا لهما . وفائدة الخلاف فيما إذا جاء تائبا مسلما فتزوجها ثانيا لا ينقص من عدد الطلاق شىء عنده وينقص عندهما (قوله وإن اختلفا فى وجود الشرط فالقول قول الزوج . إلا أن تقيم المرأة البينة لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ولأنه ينكر وقوع الطلاق) وعلى هذا لو قال إن لم تدخلى اليوم فأنت طالق فقالت لم أدخل وقال دخلت فالقول له وإن كانت متمسكة بالأصل وهو عدم الدخول . ولو قال إن لم أجامعك فى حيضتك فأنت طالق فقالت لم يجامعنى وقال فعلت فالقول له مع أنها متمسكة بظاهرين عدم الجماع وحرمته فى الحيض الداعية إلى عدمه لكونه أنكر الطلاق واستحضر هنا ما فى النكاح. لو قال بلغك الخبر فسكت وقالت رددت القول قوله . خلافا لزفر لهذا أيضا فهذا أصل كلى . بخلاف ما لو قال وهى فى طهر خال عن الجماع أنت طالق للسنة ثم قال جامعتك فى حيضتك فأنكرت فالقول لها إن كانت طاهرة لأنه يريد إبطال حكم واقع بعد وجود السبب والمضاف إليه . أما الأول فلأن المضاف سبب فى الحال . وأما الثانى فلأن الوقت وقت طلاق السنة بالفرض (قوله فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها فى حق نفسها) عليه الأربعة رحمهم

محصور . قال (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) إذا قال لها أنت طالق إن دخلت الدار ثم أبانها لم يبطل اليمين لما مر أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء . والفرض أن الشرط لم يوجد فهو باق . والجزاء أيضا باق لبقاء المحل وهو المرأة فتبقى اليمين كما كانت فى محله وهى ذمة الحالف . فإن قيل : سلمنا أن محل الجزاء باق ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود . فالجواب أن الكلام ليس فى الوقوع وإنما هو فى بقائه يمينا واليمين لا يحتاج إلى الملك ابتداء بدليل جواز إن تزوجتك فأنت طالق . ففى البقاء أولى إذ البقاء أسهل من الابتداء. ثم بعد ذلك لا يخلو إما أن يوجد الشرط فى الملك كما إذا تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط أو فى غيره كما إذا وجد قبل التزوج . فإن كان الأول وقع الطلاق وانحلت اليمين . أما وقوع الطلاق فلأن الشرط وجد فى الملك فنزل الجزاء المتعلق به . وأما انحلال اليمين فلأن اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين . وإن كان الثانى انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شىء لانعدام المحلية (وإن اختلفا فى وجود الشرط فالقول قول الزوج) على ما ذكر فى الكتاب وهو واضح

يقول إن حضت فأنت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة) ووقوع الطلاق استحسان ، والقياس أن لايقع لأنه شرط فلا تصدق كما فى الدخول . وجه الاستحسان أنها أمينة فى حق نفسها إذ لايعلم ذلك إلا من جهتها فيقبل قولها كما قبل فى حق العدة والغشيان لكنها شاهدة فى حق ضرتها بل هى متهمة فلا يقبل قولها فى حقها

الله تعالى . وعن أحمد لايقع وتختبرها النساء بإدخال قطنة فى فرجها فى زمان قالت ذلك . ودفع بأنها أمينة مأمورة بإظهار ما فى رحمها بقوله تعالى – ولا يحل لهن أن يكتمن ماخلق الله فى أرحامهن – تحريم كتمانها أمر بالإظهار . وفائدة الأمر بالإظهار ترتيب أحكام المظهر ، وهو فرع قبوله مع أن إدخال القطنة لايوصل إلى علم ولا ظن لجواز أخذ دم من الخارج تحملت به (قوله ولم تطلق فلانة) هذا إذا كذبها . أما إذا صدقها طلقت فلانة أيضا ، وكذا فى جميع نظائره (قوله كما قبل فى حق العدة) أى انقضائها ، حتى لو طلقها طلاقا رجعيا ثم لم يراجعها فقالت له بعد مدة تحتمل صدقها قد انقضت عدتى انقطع حق الرجعة . أو قالت لرجل آخر انقضت عدتى من فلان والمدة تحتمله جاز له تزوجها إذا غلب على ظنه صدقها (والغشيان) أى حل الوطء وحرمته . فلو قالت أنا حائض حرم أو طاهر حل ، أو قالت للمطلق ثلاثا تزوجت بثان وغشينى حلت له . لايقال : إما أن تكون حاضت أو لا . فعلى الأول يقع عليهما ، وعلى الثانى لايقع على واحدة منهما . لأنا نقول : المنظور إليه فى حقها شرعا الإخبار به لأنها أمينة وفى حق ضرتها حقيقته ، وشهادتها على ذلك شهادة فرد وإخبارها به لايسرى فى حقها مع التكذيب . ولا بعد فى أن يقبل قول الإنسان فى حق نفسه لاغيره . كأحد الورثة إذا أقر بدين لرجل على الميت فيقتصر على نصيبه إلا أن يصدقه الباقون ، والمشترى إذا أقر بالمبيع لمستحق لايرجع بالثمن على البائع ؛ هذا وإنما يقبل قولها إذا أخبرت بالحيض وهو قائم ، أما بعد الانقطاع فلا لأنه ضرورى فيشترط قيام الشرط ، بخلاف قوله إن حضت حيضة حيث يقبل قولها فى الطهر الذى يلى الحيضة لاقبله ولا بعده ، حتى لو قالت بعد مدة حضت وطهرت وأنا الآن حائض بحيضة أخرى لايقبل قولها ولا يقع لأنها أخبرت عن الشرط حال عدمه ، ولا يقع إلا إذا أخبرت فى الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فحينئذ يقع ، وهذا لأنها جعلت أمينة شرعا فيما تخبر من الحيض والطهر ضرورة إقامة الأحكام المتعلقة بهما فلا تكون مؤتمنة حال عدم تلك الأحكام لعدم الحاجة إذا كذبها الزوج . ولو قال لامرأتيه إذا حضتما فأنتما طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما إلا أن يصدقهما ، فإن صدق إحداهما وكذب

(قوله ولم تطلق فلانة) ليس على ظاهره بل فيما إذا كذبها الزوج فى قولها حضت ، وأما إذا صدقها فإنه يقع . وقوله (كما قبل فى حق العدة والغشيان) أما قبولها فى العدة فبأن تقول قد انقضت أو لم تنقض . وأما فى الغشيان فيحتمل معنيين : أحدهما أن تقول المطلقة الثلاث انقضت عدتى وتزوجت بزوج آخر ودخل بى الزوج الثانى . والثانى أن يقبل قولها فى حق حل الجماع وحرمته بقولها أنا طاهر أو حائض . وقوله (لكنها شاهدة فى حق ضرتها بل هى متهمة فلا يقبل قولها فى حقها) وفيه بحث وهو أنها لاتخلو من الحيض وعدمه ، والمآل شمول طلاقهما أو شمول عدمه ، لأنها إن كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا ، وإن لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما . فأما أن يوجد الحيض فى حقها دون ضرتها فذلك يستلزم كون الشىء موجودا ومعدوما فى حالة واحدة وهو محال . وأجيب بأن الشرع أثبت بقولها حضت فى هذه الصورة وصفين متغايرين : الأمانة والشهادة ، ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اختلاف اقتضائهما ، وليس ذلك ببدع فى الشرع فإنه رتب

وكذلك لو قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله فى نار جهنم فأنت طالق وعبدى حر فقالت أحبه ، أو قال إن كنت تحبينى فأنت طالق وهذه معك فقالت : أحبك طلقت هى ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها) لما قلنا ، ولا يتيقن بكذبها لأنها لشدة بغضها إياه قد تحب التخليص منه بالعذاب ،

الأخرى طلقت المكذبة ، وإن كن ثلاثا فقال ذلك فقلن حضنا لم تطلق واحدة منهن إلا أن يصدقهن ، وكذا إن صدق إحداهن فإن صدق ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقات . ولو كن أربعا والمسئلة بحالها لم يطلقن إلا أن يصدقهن . وكذا إن صدق واحدة أو ثنتين ، وإن صدق ثلاثا فقط طلقت المكذبة دون المصدقات . والأصل أن حيض الكل شرط للوقوع عليهن فلم تطلق واحدة حتى يحضن جميعا ، وإن حاض بعضهن يكون ذلك بعد ما يثبت به الحكم فلا يثبت ، وإن قلن جميعا حضنا لايثبت حيض كل واحدة إلا فى حق نفسها إلا أن يصدقها فيثبت فى حق الكل ، وإن صدق البعض وكذب البعض نظر ، فإن كانت المكذبة واحدة طلقت هى وحدها لتمام الشرط فى حقها لأن قولها مقبول فى نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا تطلق غيرها لأن المكذبة لايقبل قولها فى غيرها فلم يتم الشرط فى الغير ، وإن كذب أكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لأن كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها إلا فى حق نفسها فكان الموجود بعض الشرط فلا تطلق واحدة منهن حتى يصدق من سواها جميعا (قوله وكذلك إذا قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله ، إلى قوله : لما بينا) يريد أنها أمينة فى حق نفسها شاهدة فى حق ضرتها . وقوله (ولا يتيقن بكذبها) جواب سؤال تقديره نزول الجزاء باعتبار خبرها بناء على احتمال صدقها ، فأما هنا فكذبها متيقن فكيف نحكم بالجزاء مع العلم بانتفاء الشرط . أجاب بمنع تيقنه ، فإن الإنسان قد يبلغ به ضيق الصدر وعدم الصبر وسوء الحال إلى درجة يحب الموت فيها فجاز أن تحملها شدة بغضها مع غلبة الجهل وعدم الذوق للعذاب فى الحال على تمنى الخلاص منه بالعذاب . ولو قال إن كنت تحبينى بقلبك فأنت طالق فقالت أحبك كاذبة طلقت قضاء وديانة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لأن المحبة بالقلب فذكره وعدمه سواء فصار كمسئلة الكتاب . وقال محمد : لاتطلق فيما بينه وبين الله تعالى إلا إن صدقت لأن الأصل فى المحبة بالقلب واللسان خلف عنه ، وتقييده بالأصل يبطل الخلقية . قلنا : بل عدم إمكان الوقوف على ما فى قلبها أوجب النقل إلى الخلف مطلقا فاستوى التقييد وعدمه . وفى الظهيرية ما يدل على أن المحبة بالقلب لاتعتبر وإن أمكن الاطلاع عليها ، وهو قال لامرأته أنت طالق إن كنت أنا أحب كذا ثم قال لست أحبه كاذبا فهى امرأته فيما بينه وبين الله تعالى . واستشكل السرخسى هذا بأنه إن لم يعلم ما فى قلبها فإنه يعلم ما فى قلب نفسه ، لكن الطريق ما قلنا إذ القلب متقلب لايثبت على شىء ، فالوقوف على حقيقة المحبة متعذر ، والأحكام إنما تناط بالأمور

على النكاح وهو أمر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره ، وفيه نظر لأن الحل والحرمة لايقتضى أحدهما الوجود والآخر العدم ، بخلاف مانحن فيه . والجواب أن اقتضاء الوجود والعدم إنما هو بالنسبة إلى الحيض نفسه ، وليس الكلام فيه لأنه أمر خفى لايطلع عليه ، وإنما الكلام فى الأمر الدال عليه وهو قولها حضت ، وليس ثمة اختلاف فى مقتضى وجوده وعدمه . وقوله (وكذا لو قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم) ظاهر . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله أمينة فى حق نفسها شاهدة فى حق ضرتها . وقوله (ولا يتيقن بكذبها) جواب عما يقال إخبارها

(قوله والآخر العدم) أقول : عن محل وجود الحل مثلا (قوله بخلاف مانحن فيه) أقول : فإنه يقتضى عدم الحيض عما وجد فيه فى حق طلاق الضرة وعتاق العبد .

وفى حقها إن تعلق الحكم بإخبارها وإن كانت كاذبة ، فنى حق غيرها بقى الحكم على الأصل وهى المحبة (وإذا قال لها إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر بها ثلاثة أيام) لأن ماينقطع دونها لايكون حيضا (فإذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت) لأنه بالامتداد عرف أنه من الرحم فكان حيضا من الابتداء (ولو قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضتها) لأن الحيضة بالهاء هى الكاملة منها ، ولهذا حمل عليه فى حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر

الظاهرة لا الخفية ، كالرخصة بالسفر والحدث بالنوم والجنابة بالتقاء الختانين . ولا يخفى مافيه بالنسبة إلى قلبه . واعلم أن التعليق بالمحبة إنما يفارق التعليق بالحيض فى أنه يقتصر على المجلس لكونه تخييرا . حتى لوقامت وقالت أحبك لاتطلق ، وأنها لو كانت كاذبة تطلق فيما بينه وبين الله تعالى ، وفى الحيض لايقتصر على المجلس كسائر التعليقات . ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن تكون صادقة .

[فرع] فى الجامع الأصغر قال الفقيه أبو جعفر : إذا قالت المرأة لزوجها شيئا من السب نحو قرطبان وسفلة فقال إن كنت كما قلت فأنت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت أو لم يكن لأن الزوج فى الغالب لايريد إلا أن يؤذيها بالطلاق كما آذته . وقال الإسكاف فيمن قالت ياقرطبان فقال زوجها إن كنت أنا قرطبان فأنت طالق تطلق ، وإن قال أردت الشرط يصدق فيما بينه وبين الله تعالى . ونص بعضهم على أن فتوى أهل بخارى على المجازاة دون الشرط (قوله فكان حيضا من الابتداء) ويجب على المفتى أن يعين ذلك فيقول طلقت حين رأت الدم . وتظهر ثمرة هذا الاستناد فيما إذا كانت غير مدخول بها فتزوجت حين رأت الدم أو كان المعلق بالحيض عتقا فجنى العبد أو جنى عليه بعد رؤية الدم قبل أن يستمر ، فإنه إذا استمر ثلاثة أيام يصح النكاح ويعتبر فى العبد جناية الأحرار . ولا تحسب هذه الحيضة من العدة لأنها بعض حيضة لأنه حين كان الشرط رؤية الدم لزم أن يقع الطلاق بعد بعضها (قوله ولو قال لها إن حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر) أى يحكم بطهرها عن هذا افترق الحال بين إن حضت حيضة فأنت طالق وإن حضت حيث لايكون الأول بدعيا لأنه إنما يقع فى الطهر بخلاف الثانى ، ثم إنما يحكم بطهرها فيقع فيما دون العشرة بالاغتسال أو ما يقوم مقامه من صيرورة الصلاة دينا فى ذمتها . وأما بالعشرة فبمجرد الانقطاع (قوله لأن الحيضة بالهاء هى الكاملة) عن هذا لو قال نصف حيضة كان الحكم كما فى حيضة لأنه اسم للكامل وهى لا تتجزأ خلافا لزفر فى قوله تطلق بحيض خمسة أيام للتيقن بالنصف. قلنا : هذا نصف أقصى مدته لا نصف الدرور ، ولو كانت حائضا لا تطلق مالم تطهر ثم تحيض . وإذا قال لطاهرة أنت طالق إذا طهرت لم تطلق حتى تحيض وتطهر لأن اليمين يقتضى شرطا مستقبلا وهذا الحيض قد مضى بعضه وبقى بعضه ، وما مضى لم يدخل تحت اليمين والباقى تبع للماضى فلا يتناوله اليمين كما لايتناول الماضى . بخلاف

عن محبتها تعذيب الله إياها بنار جهنم مقطوع بكذبه فوجب أن لا يقبل قولها أصلا . ووجهه أنه لايتيقن بكذبها لأنها لشدة بغضها إياه قد تحب التخليص منه بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعا به . وقوله (وفى حقها إن تعلق الحكم بإخبارها) ظاهر . وقوله (إذا قال إذا حضت حيضة فأنت طالق) والفرق بينه وبين ما قبله ظاهر . ومن الفرق أنه لو قال إذا حضت فأنت طالق وهذا العبد حر كان حرا من حين رأت الدم حتى كان الأكساب له وكان الطلاق بدعيا . وقوله وإذا قال إذا حضت حيضة كان الطلاق سنيا لأنه لايقع إلا بعد ماطهرت . وقوله (فى حديث الاستبراء) يريد به ماقاله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس « ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة » أراد به

(وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس فى اليوم الذى تصوم) لأن اليوم إذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار ، بخلاف ما إذا قال إذا صمت لأنه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه (ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما أول لزمه فى القضاء تطليقة ، وفى التنزه تطليقتان وانقضت العدة بوضع الحمل) لأنها لو ولدت الغلام أوّلا وقعت واحدة وتنقضى عدتها بوضع الجارية ثم لاتقع أخرى به لأنه حال انقضاء العدة ، ولو ولدت الجارية أوّلا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لايقع شىء آخر به لما ذكرنا أنه حال انقضاء العدة ، فإذا فى حال تقع واحدة وفى حال تقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاحتمال ، والأولى أن يؤخذ بالثنتين تنزها واحتياطا ، والعدة منقضية بيقين لما بينا

قوله أنت طالق قبل أن تحيضى حيضة بشهر حيث تطلق إذا حاضت فلا ينتظر الطهر . والمراد بحديث الاستبراء قوله صلى الله عليه وسلم فى سبايا أوطاس « ألا لاتنكح الحبالى حتى يضعن ، ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة » وسنتكلم عليه فى موضعه إن شاء الله تعالى (قوله بخلاف ما إذا قال إذا صمت لأنه لم يقدره بمعيار) إذ لم يقل إذا صمت يوما أو شهرا فيتعلق بما يسمى صوما فى الشرع وقد وجد الصوم بركنه وشرطه بإمساك ساعة فيقع به وإن قطعته بعده ، وكذا إذا صمت فى يوم أو شهر لأنه لم يشرط كماله ، بخلاف ما إذا قدره بمعيار كإذا صمت يوما فإنه لايقع إلا بعد الغروب من اليوم الذى صامت فيه . ونظير إذا صمت يوما إذا صمت صوما لايقع إلا بتمام يوم لأنه مقدر بمعيار ، وإذا صليت صلاة يقع بركعتين ، وفى إذا صليت يقع بركعة (قوله ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما الأول) لأنه لو علم وقع المعلق بالسابق ولا يقع باللاحق شىء لأن الطلاق المقارن لانقضاء العدة لايقع ، وإن اختلفا فالقول للزوج لأنه منكر للزيادة ، وتقرير المسئلة واضح من الكتاب . وما عن الشافعى من أنه يقع الثلاث لاحتمال الخروج معا . قيل لاينبغى أن لايعوّل عليه لأنه مستحيل عادة ، غير أنه إن تحقق ولادتهما معا وقع الثلاث وتعتد بالأقراء . ولو ولدت غلاما وجاريتين ولا يدرى أولهم وقع ثنتان فى القضاء وثلاث فى التنزه لأن الغلام إن كان أولا أو ثانيا تطلق ثلاثا واحدة به وثنتين بالجارية الأولى لأن العدة لاتنقضى مابقى فى البطن ولد ، وإن كان آخرا يقع ثنتان بالجارية الأولى ولايقع بالثانية شىء لأن اليمين بالجارية انحلت بالأولى ، ولا يقع بالغلام شىء لأنه حال

كمال الحيض وهو إنما يكون بانتهائه بانقطاع الدم إذا كان أيامها عشرة أيام ، وبالانقطاع والغسل أو مايقوم مقامه إذا كانت أيامها دون العشرة . وقوله (وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوما) ظاهر مما تقدم . وإذا قال إذا صمت صوما فحكمه كذلك (بخلاف ما إذا قال إذا صمت) فإنها إذا صامت ساعة مقرونة بالنية وقع الطلاق لما ذكره فى الكتاب . قال (ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة) هذه المسئلة لاتخلو عن أوجه : إن علم أن الغلام ولدته أوّلا طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية ولا يقع شىء بعده ، وإن علم أن الجارية ولدت أولا طلقت ثنتين ، وإن اختلفا فالقول للزوج لإنكاره الزيادة ، وإن لم يدر أيهما أول لزمه فى القضاء واحدة لأنها ثابتة بيقين وفى الثانية شك ، وفى التنزه وهو التباعد عن السوء تطليقتان ، حتى لو كان قد طلقها قبل هذا واحدة لايطؤها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال أنها مطلقة ثلاثا ، وترك وطء امرأة يحل له وطؤها خير من أن يطأ امرأة محرّمة عليه . وقوله (والعدة منقضية بيقين لما بينا) يريد قوله لأنها لو ولدت الغلام أولا الخ . وحاصله

(وإن قال لها إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا يوسف فهى طالق ثلاثا مع الواحدة الأولى)وقال زفر رحمه الله : لايقع ، وهذه على وجوه : أما إن وجد الشرطان فى الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر ، أو وجدا فى غير الملك فلايقع ، أو وجد الأول فى الملك والثانى فى غير الملك فلا يقع أيضا لأن الجزاء لاينزل فى غير الملك فلا يقع) أو وجد الأول فى غير الملك والثانى فى الملك وهى مسئلة الكتاب الخلافية . له اعتبار الأول بالثانى إذ هما فى حكم الطلاق كشىء واحد . ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم . إلا أن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود

انقضاء العدة فتردد بين ثلاث وثنتين فيحكم بالأقل قضاء وبالأكثر تنزها . ولو ولدت غلامين وجارية لزمه واحدة فى القضاء وفى التنزه ثلاث ، لأنه إذا كان الغلامان أولا وقعت واحدة بأولهما ،ولا يقع بالثانى شىء ولا بالجارية الأخيرة لانقضاء العدة ، وإن كانت الجارية أولا أو وسطا وقع ثنتان بها وواحدة بالغلام بعدها أو قبلها فتردد بين ثلاث وواحدة . ولو قال إن كان حملك غلاما فطالق واحدة أو جارية فثنتين فولدتهما لم تطلق لأن حملك اسم جنس مضاف فيعم كله ، فما لم يكن الكل جارية أو غلاما لايقع كما فى قوله إن كان ما فى بطنك غلاما والباقى بحاله كقوله إن كان ما فى هذا العدل حنطة فهى طالق أو دقيقا فطالق فإذا فيه حنطة ودقيق لاتطلق . ولو قال إن كان فى بطنك والباقى بحاله وقع الثلاث . وفى الجامع : لو قال إن ولدت ولدا فأنت طالق ، فإن كان الذى تلدينه غلاما فطالق ثنتين فولدت غلاما يقع الثلاث لوجود الشرطين لأن المطلق موجود فى المقيد وهو قول مالك والشافعى (قوله وإن قال لها إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف) حاصل مبنى الخلاف أنه إذا جعل الشرط فعلا متعلقا بشيئين من حيث هو متعلق بهما نحو إن دخلت هذه الدار وهذه اشترط للوقوع قيام الملك عند آخرهما عندنا . وقال زفر رحمه الله: عند كل منهما . وقياسه فيما إذا كان فعلا قائما باثنين من حيث هو قائم بهما أن يكون كذلك مثل إن جاء زيد وعمرو فأنت طالق فإن الشرط مجيئهما فلا يقع طلاق إلا أن يجىء كل منهما ، وقد ذكرنا ما يعرف به ذلك فى مسئلة إذا حضتما فأنتما طالقان ، وجعله فى شرح الكنز مسئلة الكتاب من تعدد الشرط ليس بذاك لأن تعدده بتعدد فعل الشرط ولا تعدد فى الفعل هنا بل فى متعلقه ، ولا يستلزم تعدده تعدده ، فإنها لو كلمتهما معا وقع الطلاق لوجود الشرط ، وغايته تعدد بالقوة . وجه قول زفر اعتبار الأولى من الوصفين بالثانى فى وجوب قيام الملك عنده إذ هما فى حكم هذا الطلاق كالشىء الواحد لتوقفه على كل منهما (ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم) وإنما اشترط لصحته فيما نحن فيه مع الأهلية : قيام الملك فى الحال ، وكون الشرط الملك ليصير الجزاء

أن انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل . وقوله (إن كلمت أبا عمرو) على ماذكره فى الكتاب واضح سوى ألفاظ نذكرها . وقوله (فى حق الطلاق كشىء واحد) يعنى من حيث أن الطلاق لايقع إلا بهما ، فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ، ولو كان شرطا واحدا لما وقع بدون الملك فكذلك هذا (ولنا أن صحة الكلام) أى صحة هذا الكلام الذى هو اليمين (بأهلية المتكلم) وهى قائمة به فتكون صحته قائمة به بأن يكون محله ذمته ولا يحتاج إلى ملك ، لكن شرطنا الملك حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود باستصحاب الحال ، فإن الملك إذا كان موجودا وقت التعليق فالظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط ، وأما إذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون مخيفا حاملا

(قوله ولنا أن صحة الكلام : أى صحة هذا الكلام ، إلى قوله : ولايحتاج إلى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق الخ) أقول : تفريع المصنف

لاستصحاب الحال فتصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لأنه لاينزل إلا فى الملك ، وفيما بين ذلك

فى الأول غالب الوجود بتقدير الشرط نظرا إلى ظهور الاستصحاب ومتيقنه فى الثانى ،فيتحقق بذلك معنى اليمين وهو الإخافة الحاملة على الامتناع أو الفعل، فإذا تمت لايحتاج فى بقائها إلى ذلك لأن بقاءها بعد تحقق حقيقتها بقيام الذمة ، وإنما يحتاج إليه لوقوع الحنث والحنث لايثبت إلا عند الأخير فلا يشترط الملك إلا عنده ، وهذا ما وعده المصنف فى أوائل الباب. وأما الشرطان فتحققهما حقيقة بتكرار أداتهما وهو على وجهين بواو وبغيره ، أما الثانى فكقوله إن أكلت إن لبست فأنت طالق لاتطلق مالم تلبس ثم تأكل فتقدم المؤخر وهذا الذى سماه محمد اعتراض الشرط على الشرط . وصورته فى الجامع ، قال : كل امرأة أتزوّجها إن كلمت فلانا فهى طالق يقدم المؤخر فيصير التقدير إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوّجها طالق واستغنى عن اللقاء بتقديم الجزاء ، فالكلام شرط الانعقاد والتزوّج شرط الانحلال . وأصله قوله تعالى ـ ولا ينفعكم نصحى إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم ـ المعنى : إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحى إن أردت أن أنصح لكم . وقوله تعالى ـ وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبىّ إن أراد النبى أن يستنكحها ـ فالجواب أحللنا لك امرأة مؤمنة بعد هبتها نفسها للنبى إن أراد النبى ؛ فالمعنى : إن أراد النبى أن ينكح مؤمنة وهبت نفسها فقد أحللناها. قيل ويحتمل تأخر إرادته لأنها كالقبول ، فالمعنى : إن وهبت مؤمنة نفسها للنبى فإن أراد النبى : أى قبل أحللناها. ووجه المسئلة أنه لايمكن أن يجعل الشرطان شرطا واحدا لنزول الجزاء لعدم العطف وإن روى عن محمد فى غير رواية الأصول أنه رجع عن التقديم والتأخير وأقر كل شرط فى موضعه وهو رأى إمام الحرمين من الشافعية،لأن الأصل عدم التقدير إلا بدليل ، والكلام فى موجب اللفظ ولا الشرط الثانى مع مابعده هو الجزاء للأول لعدم الفاء الرابطة ونية التقديم والتأخير أخف من إضمار الحرف لأنه تصحيح للمنطوق من غير زيادة شىء آخر فكان قوله إن أكلت مقدما من تأخير لأنه فى حيز الجواب المتأخر ، والتقدير إن لبست فإن أكلت فأنت طالق ، وهذا بناء على ماقدمناه من لزوم التنجيز فى مثل إن دخلت الدار أنت طالق . وعلى ماقدمناه عن أبى يوسف من لزوم إضمار الفاء يجب أن لايعكس الترتيب. وفى التجريد : لوقال إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلانا لابد من اعتبار الملك عند الشرط الأول ، فإن طلقها بعد الدخول بها ثم دخلت الدار وهى فى العدة ثم كلمت فلانا وهى فى العدة طلقت انتهى. وهو على الظاهر من التقديم والتأخير فكان المتقدم شرط الانحلال فيعتبر الملك عنده ، وعلى هذا إذا قال إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتنى فأنت طالق لاتطلق حتى تسأله أوّلا ثم يعدها ثم يعطيها لأنه شرط فى العطية الوعد وفى الوعد السؤال ، فكأنه قال : إن سألتنى إن وعدتك إن أعطيتك . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى رحمهما الله تعالى ، ومن الحنابلة من قيد ذلك بما إذا كان الشرط بإذا . فإن كان بإن تطلق لوجودهما كيف كان لأن المعروف فى ذلك إذ إلا إن ، وأما الأول فإذا قال أنت طالق إذا قدم فلان وإذا قدم فلان أو ذكر بكلمة إن أو متى فأيهما قدم أوّلا يقع الطلاق

أو مانعا ،وحالة تمام الشرط لنزول الجزاء لكونه لاينزل إلا فى الملك ،وفيما بين ذلك مستغنى عنه ،فلا يشترط وجود الملك لأن اليمين يقوم بمحله وهو الذمة ، كما إذا علق طلاقها بالشرط فأبانها وانقضت عدتها ثم تزوجها فأتت بالشرط فإنها تطلق بالاتفاق ، ولم تبطل اليمين بزوال الملك فكان كالنصاب إذا انتقص فى خلال الحول فإنه لايضر.

صحة اليمين على اشتراط الملك عند التعليق لايطابق لما ذكره الشارح فليتأمل (قوله وحالة تمام الشرط) أقول : معطوف على قوله حالة التعليق

"Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)"

الحال حال بقاء اليمين فيستغنى عن قيام الملك إذ بقاؤه بمحله وهو الذمة (وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عات إلى الأول فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى . وقال محمد رحمة الله تعالى عليه : هى طالق ما بقى من الطلاق) وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه . وأصله أن الزوج الثانى يهدم مادون الثلاث عندهما فتعود إليه بالثلاث . وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لايهدم مادون الثلاث فتعود إليه مابقى ،

ولا ينتظر قدوم الآخر لأن قوله أنت طالق إذا قدم فلان يمين تام لوجود الشرط والجزاء ، والشرط الثانى لاجزاء له ، فإذا عطف على شرط تعلق به جزاؤه : أى تعلق جزاؤه بعينه به كأنه قال وإذا قدم فلان فأنت طالق تلك التطليقة ، فلذا لو قدما معا لم يقع إلا طلاق واحد ، وكذا إذا خلل الجزاء بين الشرطين فقال إن قدم فلان فأنت طالق وإذا قدم فلان أيهما سبق وقع ، ثم لايقع عند الشرط الثانى شيء إلا أن ينوى أن يقع عند كل واحد تطليقة فتقع أخرى عند الثانى ، وإن أخر الجزاء فقال إذا قدم فلان وإذا قدم فلان فأنت طالق لايقع حتى يقدما لأنه عطف شرطا محضا على شرط لاحكم له ، ثم ذكر الجزاء فيتعلق بهما فصارا شرطا واحدا فلا يقع إلا بوجودهما . لأنه لو وقع بأولهما صار عطفا على اليمين كالأول لاعلى الشرط فقط . فإن نوى وقوع الطلاق بأحدهما صحت نيته بنية تقديم الجزاء على أحد الشرطين . وفيه تغليظ على نفسه ، فأما إذا عطف بلا أداة شرط كان المجموع شرطا واحدا كما فى مسئلة الكتاب ، إلا أن ينوى وقوع الطلاق بأحدهما لأنه نوى إضمارا كلمة الشرط ، كذا فى شرح الزيادات .

[تنبيه] يشترط فى صحة الشرط الاتصال كالاستثناء ، وعروض اللغو بينه وبين الجزاء فاصل يبطل التعليق . وفى الجامع : لو قال إن دخلت إن دخلت فأنت طالق يتعلق استحسانا . وقال الكرخى : ينبغى أن لايتعلق على قوله لأن الثانى لغو كقوله حر وحر إن شاء الله تعالى على قوله . والجواب أنه تأكيد ، بخلاف وحر لأن التأكيد بلفظه لايكون بالواو . فإنما يشاكله حر حر إن شاء الله ولا يعتق فيه. وأجمعوا أن السكوت والعطف لايمنعان العطف مادام فى المجلس . كذا فى الذخيرة لأن العطف غير مغير بل مقرر ، بخلاف الشرط والاستثناء ، ، وإذا تعقب الشرط أجزية ليست أيمانا تامة ذكرناه من قريب قيد الكل . وإذا قال أنت طالق وعبده حر إن كلمت فلانا يتعلق كل منهما به . وعن هذا إذا قال أنت طالق واحدة وثنتين وثلاثا وأربعا إن دخلت صح التعليق فيتعلق الثلاث (قوله وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا وطلقها ثنتين الخ) فائدة الخلاف لاتظهر فى الصورة المذكورة فى الكتاب للاتفاق فيها على وقوع الثلاث . أما عند محمد فلأن الباقى واحدة بها يكمل الثلاث . وأما عندهما فالثلاث المعلقة بواسطة ملكه ثنتين بالهدم مع الواحدة الباقية ، وإنما تظهر فيما إذا علق طلقة واحدة ثم نجز ثنتين ثم تزوجت بغيره ثم عادت إلى الأول ثم وجد الشرط ؛ فعند محمد رحمه الله تعالى تحرم حرمة غليظة ، وعندهما لا إذ يملك بعد

وقوله (وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا) مسئلة الهدم وهى معروفة . وثمرة الخلاف لاتظهر فيما ذكره فى الكتاب ، فإنها إذا تزوجت بزوج آخر وعادت إلى الزوج الأول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلاث بالاتفاق . أما عند محمد فلعدم الهدم . وأما عندهما وإن وجد الهدم فبالدخول فى الدار يقع الثلاث لأن الثلاث معلقة بدخول الدار ، وإنما تظهر فيما إذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم طلقها طلقتين وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى

وسنبين من بعد إن شاء الله تعالى (وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال لها أنت طالق ثلاثا فتزوّجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلت الدار لم يقع شيء) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه: يقع الثلاث لأن الجزاء ثلاث مطلق لإطلاق اللفظ، وقد بقي حتى وقوعها فتبقى اليمين. ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك لأنها هى المانعة لأن الظاهر عدم مايحدث واليمين تعقد للمنع أو الحمل، وإذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين، بخلاف ما إذا أبانها لأن الجزاء باق لبقاء محله

الوقوع ثنتين (قوله وسنبينه بعد) ونحن نبينه هناك إن شاء الله تعالى (قوله ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك) لما قدمنا أن معنى اليمين إنما يتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع لتحقق الإخافة، والظاهر عند استيفاء الطلقات الثلاث عدم العود لأنه موقوف على التزوّج بغيره، والظاهر عند التزوّج به عدم فراقها وعودها إلى الأول لأنه عقد يعقد للعمر فلا يكون غير الملك القائم مرادا لعدم تحقق اليمين باعتباره فتقيد الإطلاق به بدلالة حال المتكلم: أعنى إرادة اليمين. وأيضا بوقوع الثلاث خرجت عن المحلية له، وإنما تحدث محليتها بعد الثانى فصارت كالمرتدة تحدث محليتها بالإسلام، وبطلان المحلية للجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بأن قال إن دخلت هذه الدار فجعلت

الأول فدخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد لعدم الهدم. وعندهما لاتتحققه (وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال لها أنت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلت الدار لم يقع شيء. وقال زفر: يقع الثلاث لأن الجزاء مطلق لإطلاق اللفظ) إذ لم يقيد تطليقات فى ملك دون ملك فلا يتقيد (قوله وقد بقى احتمال وقوعها) أى بنكاحها ثانيا بعد تزوّجها بزوج آخر (فتبقى اليمين) فإذا وجد المحل يقع الجزاء (ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك) بدلالة الحال، وإنما قلنا إن الجزاء طلقات هذا الملك لأنها هى المانعة، إذ الظاهر عدم مايحدث، وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط أو حاملا عليه فهو الجزاء لأن اليمين للمنع أو الحمل وههنا عقدت للمنع فيكون الجزاء طلقات هذا الملك، وإذا كان الجزاء ذلك وقد فات بالتنجيز المبطل للمحلية فات اليمين لما تقدم أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء وقد فات الجزاء والكل ينتفى بانتفاء جزئه. واعترض بأن انعقاد اليمين لو انحصر فى المنع والحمل لم يصح أن يقال إن حضت فأنت طالق لأنه لايتصور فيه لامنع ولا حمل لكون الحيض عارضا سماويا. وأجيب بأن الاعتبار للغالب الشائع دون النادر، وفيه نظر لأن السؤال لم ينحصر فى صورة الحيض حتى يكون نادرا. وإنما هو آت فى الوجدانيات كالمحبة والكراهة والجوع وغيرها. والصواب أن يقال: الشرط فى مثل ذلك هو إخبارها عن ذلك والحمل والمنع فيه متصور. وقوله (بخلاف ما إذا أبانها) يتعلق بقوله وقد فات بتنجيز الثلاث أى فات الجزاء بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية، بخلاف ما إذا أبانها بطلقة أو طلقتين حيث لايفوت الجزاء لبقاء المحل، ولهذا إذا عادت إليه بعد زوج آخر عادت بثلاث طلقات عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهى مسئلة الهدم، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع أنه بالبيع لم يبق محلا لليمين، وبينها وبين مسئلة الظهار فإن هذه المرأة لو كان قال لها زوجها إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمى فطلقها ثلاثا ثم عادت إليه بعد زوج آخر كان مظاهرا منها إن دخلت الدار. وأجيب عن الأول بأن العبد بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة، حتى لو فاتت بالعتق لم تبق اليمين. وعن الثانى بأن

(قوله وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط الخ) أقول: فيه سوء ترتيب (قوله وفيه نظر) أقول: وفى نظره نظر، فإن عدم الانحصار فيها لايخرج أمثالها عن حيز الندرة أيضا إذ لايحلف بأمثالها فى الأغلب فليتأمل.

(ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلاثا ، وإن لبث ساعة لم يجب عليه المهر ، وإن أخرجه ثم أدخله وجب عليه المهر) وكذا إذا قال لأمته إذا جامعتك فأنت حرة (وعن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنه أوجب المهر فى الفصل الأول أيضا لوجود الجماع بالدوام عليه إلا أنه لا يجب عليه الحد للاتحاد) وجه الظاهر أن الجماع إدخال الفرج فى الفرج ولا دوام للإدخال ، بخلاف ما إذا أخرج ثم أولج لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق إلا أن الحد لا يجب بشبهة الاتحاد بالنظر إلى المجلس والمقصود وإذا لم يجب الحد وجب العقر إذ الوطء لا يخلو عن أحدهما ، ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللباث عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله

حماما أو بستانا لا يقع اليمين فهذا كذلك ، بخلاف قوله لعبده إن دخلت فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل حيث يعتق لأن محليته بالرق ولم تزل بالبيع ، وبخلاف ما إذا طلقها ثنتين والمسئلة بحالها ثم تزوجت بغيره ثم عادت إليه فوجد الشرط حيث يقع المعلق ، خلافا لزفر حيث يوقع الواحدة الباقية لأنه وإن كان استفاد حلا جديدا بملك جديد يملك به الثلاث لأن عدم بقاء اليمين بعدم المحلية ولم تزل بالطلقتين فكانت باقية حال عودها إليه . وأورد بعض أفاضل أصحابنا أنه يجب أن لا يقع إلا واحدة كقول زفر لقولهم المعلق طلقات هذا الملك ، والفرض أن الباقى من هذا الملك ليس إلا واحدة فكان كما لو طلق امرأته ثنتين ثم قال أنت طالق ثلاثا فإنما تقع واحدة لأنه لم يبق فى ملكه سواها . والجواب أن هذه مشروطة . والمعنى أن المعلق طلقات هذا الملك الثلاث مادام ملكه لها ، فإذا زال بقى المعلق ثلاثا مطلقة كما هو اللفظ لكن بشرط بقائها محلا للطلاق . فإذا نجز ثنتين زال ملك الثلاث فبقى المعلق ثلاثا مطلقة ما بقيت محليتها وأمكن وقوعها ، وهذا ثابت فى تنجيزه الثنتين فيقع والله أعلم . وبخلاف ما لو قال إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمى ثم طلقها ثلاثا ثم عادت إليه فدخلت حيث يصير مظاهرا لأن الظهار تحريم الفعل لا الحل الأصلى ، إلا أن قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء المشروط كالشهود فى النكاح ، أما الطلاق فتحريم الحل ، وقد فات بتنجيز الطلقات (قوله ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان وقع الثلاث) ثم لم يخرجه فى الحال بل لبث ساعة لم يجب عليه المهر : أى العقر بهذا اللبث ، بخلاف ما لو أخرجه ثم أدخله (وكذا إذا قال لأمته إذا جامعتك) فأنت حرة عتقت بالتقاء الختانين فإذا مكث بعده لا يجب عليه عقر لها . وعن أبي يوسف أنه أوجب العقر فى الفصلين لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث والحرية وقد سقط الحد للشبهة فبقى العقر (وجه الظاهر أن الجماع الإدخال وليس له دوام) حتى يكون لدوامه حكم ابتدائه ، بخلاف ما لو أخرج ثم أولج لأنه وجد الإدخال إلا أن الحد لم يجب لشبهة الاتحاد : أى فيه شبهة أنه جماع

محلية الظهار لا تنعدم بالتطليقات الثلاث لأن الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق ، فإن تلك الحرمة حرمة متناهية بوجود التكفير وهذه بوجود الزوج الثانى إلا أنها إن دخلت الدار بعد التطليقات الثلاث إنما لا يصير مظاهرا لأن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولا حل بينهما فى ذلك الوقت وإنما يوجد بعد التزوج بها ، فإذا دخلت الدار حينئذ ثبت الظهار (قوله ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا) ظاهر . وقوله (فى الفصل الأول) يعنى إذا لم يخرجه . وقوله (وجود الجماع بالدوام عليه) معناه أنه جعل الدوام على اللباث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائى . وقوله (ولا دوام للإدخال) معناه أن للدوام حكم الابتداء فيما له دوام ، والجماع هو الإدخال ولا دوام له . وقوله (وجب العقر) قال فى ديوان الأدب : العقر مهر المرأة إذا وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل ،

لوجود المساس . ولو نزع ثم أولج صار مراجعا بالإجماع لوجود الجماع ، والله تعالى أعلم بالصواب .

(فصل فى الاستثناء)

واحد ، وقد كان أوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له ، وذلك بالنظر إلى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة فى المجلس الواحد . وإذا امتنع الحد وجب المهر لأن التصرف فى البضع المحترم لايخلو عن حد زاجر أو مهر جابر ، ولو كان الطلاق المعلق فى هذه المسئلة رجعيا يصير مراجعا باللباث عند أبى حنيفة خلافا لمحمد لوجود المساس بشهوة وهو القياس . ولمحمد أن الدوام ليس بتعرض للبضع على مامر فلم يوجب سبب مستأنف للرجعة ، بخلاف ما إذا أخرجه ثم أدخل فإنه يصير مراجعا بالإجماع . وعن محمد: لو أن رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها فى تلك الحالة ، فإن لبث على ذلك لم ينزع وجب مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وإن لم يستأنف الإدخال لأن دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد وقد تقدم .

(فصل فى الاستثناء)

وهو بيان بإلا أو إحدى أخواتها أن مابعدها لم يرد بحكم الصدر . وهذا يشمل المتصل والمنقطع حدا اسميا لمفهوم لفظ استثناء اصطلاحا على أنه متواطئ ، وعلى أنه حقيقة فى الإخراج لبعض الجنس من الحكم مجاز فيه لبعض غيره ، يراد الكائن بعض الجنس فى المتصل ويقيد بغيره فى المنقطع . والأوجه كون الخلاف فى أن إلا حقيقة فى الإخراج لبعض الجنس من الحكم فقط . وفيه من غير الجنس أيضا بالتواطؤ والاشتراك اللفظى فإنه أفيد ، بخلاف معنى لفظ استثناء فإنه لاطائل تحته بل لا حاجة إليه ، وألحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما فى منع الكلام من إثبات موجبه ، إلا أن الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض ، وقدم مسئلة إن شاء الله لمشابهتها الشرط فى منع الكل ، وذكر أداة التعليق ولكنه ليس على مهيعة لأنه منع لا إلى غاية ، والشرط منع إلى غاية تحققه كما يفيده : أكرم بنى تميم إن دخلوا ، ولذا لم يورده فى بحث التعليقات ، ولفظ الاستثناء اسم توقيفى ، قال تعالى ـ ولا يستثنون ـ

وبه فسر الإمام العتابى العقر فى شرح الجامع الصغير . وقوله (لوجود المساس) إشارة إلى أن هذا له حكم دوام الجماع فيكون البقاء كابتداء الوجود عند أبى يوسف ، وأما دوام المساس فهو موجود بالإجماع ، وعن هذا قيل ينبغى أن يصير مراجعا فى هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة .

(فصل فى الاستثناء)

الاستثناء هو التكلم بالباقى بعد الثنيا ، وألحقه بفصل التعليق لتآخيهما فى كونهما بيان التغيير . ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام أقوى من الاستثناء لأنه يمنع بعضه قدمه على الاستثناء . ولما كانت مسئلة إن شاء الله تعالى تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق فى أول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث أن كل واحد منهما يمنع أول الكلام . أو باعتبار أن الله تعالى سمى ذلك استثناء قال ـ ولايستثنون ـ واختلفوا فى أن قوله إن شاء الله بعد

(فصل فى الاستثناء)

(قوله أن كل واحد منهما يمنع أول الكلام) أقول: منعا لا إلى غاية ، بخلاف الشرط فإنه يمنع إلى غاية .

(وإذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق)

أى لم يقولوا إن شاء الله، وللمشاركة فى الاسم أيضا اتجه ذكره فى فصل الاستثناء ، وإنما يثبت حكمه فى صيغ الإخبار وإن كان إنشاء إيجاب لا فى الأمر والنهى . لو قال أعتقوا عبدى بعد موتى إن شاء الله لا يعمل الاستثناء فلهم عتقه . ولو قال بع عبدى هذا إن شاء الله كان للمأمور بيعه. قيل لأن الإيجاب يقع ملزما فيحتاج إلى إبطاله بالاستثناء ، وذكره ليس إلا ذلك ، والأمر لايقع ملزما لقدرته على عزله فلا حاجة إلى الاستثناء ليجب اعتبار صحته . وعن الحلوانى : كل مايختص باللسان يبطله الاستثناء كالطلاق والبيع ، بخلاف مالا يختص به كالصوم لا يرفعه لو قال نويت صوم غدا إن شاء الله له أداؤه بتلك النية ، وهل الشرط فى صحته تصحيح حروفه وإن لم يسمعه أو أن يسمعه؟ يجرى فيه الخلاف المتقدم فى القراءة فى الصلاة (قوله وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله الخ) وكذا إذا قال إن لم يشإ الله أو ماشاء الله أو فيما شاء الله أو إلا أن يشاء الله أو إن شاء الجن أو الحائط وكل من لم يوقف له على مشيئة لم يقع إذا كان متصلا فلا يفتقر إلى النية ، حتى لو جرى على لسانه من غير قصد لايقع. وحكى عندنا فيه خلاف قال خلف يقع ، وقال أسد لايقع ، وهو الظاهر من المذهب لأن الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا ، وقال : رأيت أبا يوسف فى النوم فسألته فقال لايقع ، فقلت لم؟ قال : أرأيت لو قال أنت طالق فجرى على لسانه أو غير طالق أكان يقع ؟ قلت لا ، قال كذا هذا ، وكذا إذا لم يدر ما هو إن شاء الله لما ذكرنا ، وصار كسكوت البكر إذا زوّجها أبوها فسكتت ولا تدرى أن السكوت رضا يمضى به العقد عليها. وفى خارج المذهب خلاف فى النية. قيل يشترط نية الاستثناء من أول الكلام ، وقيل قبل فراغه . وقيل ولو بعد فراغه ، وقيل ولو بالقرب من الكلام ولا يشترط اتصالها به . واعلم أن ماشاء الله يجوز كون مافيه موصولا اسميا فمقتضاه أن تطلق واحدة رجعية لأن الغيب هو ماشاء الله من الواقع واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ، ولا شك فى أنت طالق المذكور فصار كقوله أنت طالق كيف شاء الله ، ويحتمل كونها حرفيا : أى مدة مشيئة الله فلا تطلق ، فالحكم بعدم الوقوع بعد ظهوره بالمنجز لايخلو عن نظر ، وإنما يكون الظاهر عدم الوقوع مع المشيئة إذا كان الأظهر كونها المصدرية الظرفية ليترجح تعليقه بالمشيئة ، لكن الثابت لكثرة استعمالها موصولا اسميا ، ثم لايقع قضاء ولا ديانة إذا قلنا بتساوى استعماليها ، وأخبر أنه أراد الظرف ، أما إذا لم يكن نية فينبغى أن يقع وعلمت أنه لايحتاج إلى نية ، أما لو قال إن شاء زيد فهو تمليك منه معتبر فيه مجلس علمه ، فإن شاء فيه طلقت وإلا خرج الأمر من يده ، وكذا إلا أن يشاء زيد أو يريد أو يحب أو يرضى أو يهوى أو يرى أو إلا أن يبدو له غير ذلك تقيد بمجلس العلم ، ويعتبر فى ذلك كله إخبار فلان بلسانه لامشيئته ورضاه بقلبه لأن المشيئة وأخواتها أمر باطن ، وله دليل ظاهر وهو العبارة فيقام مقامه ، كذا فى شرح الجامع ، وكذا إذا أضاف المشيئة والثلاثة بعدها إليه تعالى بالباء فقال طالق بمشيئة الله تعالى وإرادته ومحبته ورضاه لايقع لأنه معنى التعليق ، إذ الباء للإلصاق ، والكائن فى التعليق إلصاق الجزاء بالشرط وإن أضاف الأربعة وما بعدها بالباء إلى العبد كان تمليكا ، وإن قال بأمره أو بحكمه أو بقضائه أو بإذنه أو بعلمه أو بقدرته وقع فى الحال سواء أضافه إليه تعالى أو إلى العبد لأنه يراد به فى مثله التنجيز عرفا ، وإن قال بحرف اللام يقع فى الوجوه

ذكر الجمل للإبطال أو للتعليق . فذهب أبو يوسف إلى الأول ومحمد إلى الثانى ، وإلى هذا أشار المصنف فى باب الاستثناء من إقرار هذا الكتاب فقال : لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى إما إبطال أو تعليق ، وسنذكر ثمرة هذا الاختلاف هنالك إن شاء الله تعالى (وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله متصلا لم يقع الطلاق)

لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله تعالى متصلا به فلا حنث عليه » .

كلها، سواء أضافه إلى الله تعالى أو إلى العبد لأنه تعليل للإيقاع كقوله طالق لدخولك الدار ؛ وإن قال بحرف « فى » إن أضافه إليه تعالى لايقع فى الوجوه كلها إلا فى قوله طالق فى علم الله تعالى فإنه يقع فى الحال لأن فى بمعنى الشرط فيكون تعليقا بما لايوقف عليه فلا يقع إلا فى العلم لأنه يذكر للمعلوم وهو واقع ، ولأنه لايصح نفيه عنه تعالى بحال فكان تعليقاً بأمر موجود فيكون تنجيزا ، ولا يلزم القدرة لأن المراد منها هنا التقدير ، وقد يقدر شيئا وقد لايقدره ، حتى لو أراد حقيقة قدرته تعالى يقع فى الحال كذا فى الكافى . والأوجه أن يراد العلم على مفهومه ، وإذا كان فى علمه تعالى أنها طالق فهو فرع تحقق طلاقا ، وكذا نقول القدرة على مفهومها ولا يقع ، لأن معنى أنت طالق فى قدرة الله تعالى : أي فى قدرته تعالى وقوعه وذلك لايستلزم سبق تحققه . يقال للفاسد الحال فى قدرة الله صلاحه مع عدم تحققه فى الحال . وفيه أيضا : وإن أضاف إلى العبد بنى كان تمليكا فى الأربع الأول وما بمعناها من الهوى والرؤية تعليقا فى الستة الأواخر ، ولا يخفى أن ماذكره فى التنجيز بقوله فى علم الله يأتى فى قوله فى إرادته ومحبته ورضاه فيلزم الوقوع ، بخلاف توجيهنا . ولو قال طالق واحدة إن شاء الله وثنتين إن لم يشإ الله لم يقع شىء لأن الأول لحقه الاستثناء فبطل ، والثانى باطل لأنه لو وقع لشاء الله فيعدم الشرط فلم يقع فكان فى تصحيحه إبطاله ؛ ولو قال طالق واحدة اليوم إن شاء الله وإن لم يشأ فثنتين فمضى اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان ، لأنه لو شاء الله تعالى الواحدة فى اليوم لطلقها فيه فيثبت أنه لم يشإ الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئته تعالى الواحدة بخلاف السابقة لأن شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتها فلا يمكن وقوعها مع عدم مشيئته تعالى عز وجل ، والمسئلتان مذكورتان فى النوازل . وقال فى المنتقى : لو قال طالق اليوم ثنتين إن شاء الله وإن لم يشأ فى اليوم فطالق ثلاثا فمضى اليوم ولم يطلقها طلقت ثلاثا ووجهه ما بيناه . وقال : لو لم يقيد باليوم فى اليمينين فهو إلى الموت ، فإن لم يطلقها طلقت قبل الموت ثلاثا بلا فصل ، وقد ظن أنه مخالف مسئلة النوازل . والجواب أن مسئلة المنتقى تعليق الثلاث بعدم مشيئة الله تعالى التطليقتين وقد وجد المعلق عليه قبل الموت ، إذ لو شاء الله تعالى التطليقتين لأوقعهما الزوج . وفى مسئلة النوازل تعليق التطليقتين بعدم مشيئة الله إياهما فلا يقعان أبدا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف بطلاق » الخ) غريب بهذا اللفظ ، ومعناه مروى . أخرج أصحاب السنن الأربعة من حديث أيوب السختيانى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من حلف على يمين فقال إن شاء الله فقد استثنى » لفظ النسائى ، ولفظ الترمذى « فلا حنث عليه » وأخرجه أحمد والنسائى وابن ماجه وقال الترمذى : حديث حسن غريب . وقد روى نافع عن ابن عمر موقوفا ، وعن سالم عن ابن عمر موقوفا ، ولا نعلم أحدا رفعه غير أيوب السختيانى . وقال إسماعيل بن إبراهيم : كان أيوب أحيانا يرفعه وأحيانا لايرفعه اه . وهذا كله غير قادح فى الرفع لما قدمنا فى نظائره غير مرة من تعارض الوقف والرفع . واعلم أن مالكا رحمه الله يقول بوقوع الطلاق مع لفظ إن شاء الله . والاستدلال بالحديث المورد فى اليمين لايتم فى مجرد أنت طالق إن شاء الله ، وسنبين إن شاء الله ذلك فى كتاب الأيمان . وأما ما أخرج ابن عدى فى الكامل عن إسحاق بن أبى يحيى الكعبى عن عبد العزيز أبى رواد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى أو لغلامه أنت حر إن شاء الله تعالى أو على المشى إلى بيت الله إن شاء الله فلا شىء عليه »

لقوله عليه الصلاة والسلام « من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله تعالى متصلا به لاحنث عليه ») .

ولأنه أتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وإنه إعدام قبل الشرط والشرط لايعلم ههنا فيكون إعداما من الأصل ولهذا يشترط أن يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط (ولو سكت ثبت حكم الكلام الأول)

وهو معلول بإسحاق ، هذا نقل تضعيفه عن الدارقطني وابن حبان ولم يعلم توثيقه عن غيرهما . وأخرج الدارقطني عن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من طلق واستثنى فله ثنياه » ضعفه عبد الحق بحميد ، وتعدد طرق الضعيف عندنا وإن كان يخرجه إلى الحسن إذا لم يكن ضعفه بالوضع ، لكن هذا القدر من التعدد لايكفي (قوله ولأنه أتى بصورة الشرط) أي بحرفه دون حقيقته لأن مشيئة الله تعالى إما ثابتة قطعا أو منتفية قطعا فلا تردد في حكمها ، وما يكون كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقا من هذا الوجه) يعني من حيث الصورة (وأنه إعدام) أي التعليق إعدام العلية قبل وجود الشرط (قوله والشرط لايعلم هنا فيكون إعداما من الأصل) يشير إلى أن التعليق بالمشيئة إبطال ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لقوله تعالى ـ حتى يلج الجمل في سم الخياط ـ وقال :

إذا شاب الغراب أتيت أهلي وعاد القار كاللبن الحليب

وعند أبي يوسف تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى، وقد نقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد على عكسه . وثمرته تظهر فيما إذا قدم الشرط فقال إن شاء الله أنت طالق تطلق على التعليق لعدم الفاء في موضع وجوبها فلا يتعلق ولا تطلق على الإبطال . وفي شرح المجمع للمصنف عكس هذا ، وهو غلط فاجتنبه ، بخلاف قوله إن شاء الله فأنت طالق ، وفيما إذا جمع بين يمينين فقال أنت طالق إن دخلت الدار وعبدي حر إن كلمت زيدا إن شاء الله ، فعلى التعليق يعود إلى الجملة الثانية ، فلو كلمت زيدا لايقع ، ولو دخلت الدار يقع ، وعلى الإبطال إلى الكل لعدم الأولوية بالإبطال ، فلو كلمت زيدا أو دخلت الدار لايقع ، ولو أدخله في الإيقاعين فقال أنت طالق وعبدي حر إن شاء الله ينصرف إلى الكل فلا تطلق ولا يعتق بالإجماع ، أما عندهما فلما قلنا من عدم الأولوية بالإبطال . وأما عند أبي يوسف فلأنه كالشرط والشرط إذا دخل على إيقاعين يتعلقان به ، وفيما إذا حلف لايحلف بالطلاق وقاله حنث على التعليق لا الإبطال . وفي فتاوى قاضيخان : الفتوى على قول أبي يوسف إلا أنه عزى إليه الإبطال فتحصل أن الفتوى على أنه إبطال (قوله ولو سكت ثبت حكم الكلام الأول) أي إذا

(ولأنه أتى بصورة الشرط) أي بحرف الشرط صريحا دون حقيقته ، لأن حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشيئة الله ليست كذلك لثبوتها قطعا أو انتفائها كذلك ، وما هو كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقا من هذا الوجه) يعني من حيث الصورة (والتعليق إعدام) أي إعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط ههنا غير معلوم لنا أصلا (فيكون إعداما من الأصل) فكان إبطالا للكلام (ولهذا يشترط أن يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط) لكونه بيان تغيير وشرطه الاتصال (فلو سكت ثبت حكم الكلام الأول)

(قوله ومشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعا) أقول : فيه تأمل إلا أن يكون الكلام مبنيا على أزلية تعلقات صفات الله تعالى على ما هو مذهب قدماء أهل السنة (قوله وما هو كذلك) أقول : أي الذي أتى فيه بحرف الشرط (قال المصنف : فيكون إعداما من الأصل) أقول : قال ابن الهمام يشير إلى أن التعليق بالمشيئة إبطال ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعند أبي يوسف رحمه الله تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى اهـ . وفيه بحث ، فإن أبا يوسف استدل بهذا أيضا على مذهبه كما سيجيء في كتاب الإقرار .

. . . .

سكت كثيرا بلا ضرورة بخلافه بجشاء أو تنفس وإن كان له منه بدّ ، بخلاف مالو سكت قدر التنفس ثم استثنى لايصح الاستثناء للفصل وللفصل اللغو تطلق ثلاثا فى قوله أنت طالق ثلاثا وثلاثا إن شاء الله، عند أبى حنيفة خلافا لهما ، لأن التكرار للتأكيد شائع فيحمل عليه كقوله طالق واحدة إن شاء الله وهو يقول قوله وثلاثا لغو فيقع فاصلا فيبطل الاستثناء فتطلق ثلاثا ، وعلى هذا الخلاف عبده حرّ وحرّ إن شاء الله .ولو قال حرّ حرّ بلا واو واستثنى لايعتبر فاصلا بلا خلاف لظهور التأكيد . وقياسه إذا كرر ثلاثا بلا واو أن يكون مثله. ولو قال عبده حرّ وعتيق إن شاء الله صح فلا يعتق ، بخلاف حرّ وحر لأن العطف التفسيرى إنما يكون بغير لفظ الأول فلا يصح ، وحرّ لقوله حر تفسيرا فكان فاصلا بخلاف حر وعتيق ، ومثل ثلاثا وثلاثا لو قال أنت طالق وطالق وطالق إن شاء الله طلقت ثلاثا عند أبى حنيفة . وعندهما يصح الاستثناء كقوله طالق أربعا إن شاء الله . ولو قال طالق واحدة وثلاثا إن شاء الله صح الاستثناء اتفاقا لأنه ليس لغوا لأنه يثبت به تكميل الأول. ولو قال ثلاثا بوائن أو البتة لايصح الاستثناء فى ظاهر الرواية لأنه مع الثلاث لغو . وعن محمد يصح هذا ويتراءى خلاف فى الفصل بالذكر القليل ، فإنه ذكر فى النوازل : لوقال والله لا أكلم فلانا أستغفر الله إن شاء الله هو مستثن ديانه لاقضاء. وفى الفتاوى : لو أراد أن يحلف رجلا ويخاف أن يستثنى فى السرّ يحلفه ويأمره أن يذكر عقيب اليمين موصولا سبحان الله أو غيره من الكلام . والأوجه أن لايصح الاستثناء بالفصل بالذكر ، ولو كان بلسانه ثقل و طال تردده ثم قال إن شاء الله أو أراد أن يقول فسدّ إنسان فاه ساعة ثم أطلقه فاستثنى متصلا برفعه صح . وعن هشام : سألت محمدا عمن قال لامرأته أنت طالق ثلاثا وهو يريد أن يستثنى فأمسكت فاه قال يلزمه الطلاق قضاء وديانة : يعنى إذا لم يستثن بعد التخلية ، ولا يكتفى بذلك الفصل ، واشتراط الاتصال قول جماهير العلماء منهم الأربعة . وعن ابن عباس جوازه إلى سنة . وعنه أبدا . وقال سعيد بن جبير إلى أربعة أشهر ،وعن الحسن البصرى تقيد بالمجلس وهو قول الأوزاعى استدلالا بحديث سليمان عليه السلام « لأطوفن الليلة على تسعين امرأة كل تلد غلاما فقال له صاحبه : يعنى الملك ، قل إن شاء الله ، فنسى إلى آخره ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لو قالها لقاتلوا جميعا » قلنا يحتمل قول الملك له قبل فراغه ،وقوله صلى الله عليه وسلم « لو قالها » : يعنى متصلا . واستدل المطلقون بظواهر : منها أنه صلى الله عليه وسلم قال فى مكة « لايختلى خلاها » الحديث ، فقال له العباس رضى الله عنه : « إلا الإذخر، فسكت ثم قال : إلا الإذخر » ومنها أنه قال فى أسرى بدر « لايفلت أحد منهم إلا بفداء أو ضربة عنق ، فقال ابن مسعود : إلا سهيل بن البيضاء ، فقال : إلا سهيل بن البيضاء» وما أجيب به عن هذين بأنه كان على جهة النسخ دفع بأنه بإلا وهى تؤذن باتصال مابعدها بما قبلها ، وليس بلازم لأن المقصود الرفع بنفس لفظ القائل إيذانا بأنه وافق الشرع المتجدد ، وفى العرفيات مثل هذا كثير فيقدر له جملة تشاكل الأولى مدلول عليه بها كأنه قال : لايختلى خلاها إلا الإذخر . ومنها ما رواه أبو داود فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « والله لأغزون قريشا والله لأغزونّ قريشا ، ثم سكت ثم قال : إن شاء الله ثم لم يغزهم » ويجاب بأن كونه لم يغزهم لايدل على أنه لم يكفر ولم يحنث ، وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حلف أنه لايحلف على يمين فيرى غيرها خيرا منها إلا أتى التى هى خير وكفر عنها . فحين رأى أن عدم غزوهم خير لم يفعل ماحلف عليه .

. . . .

فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعا عن الأول . قال رضى الله تعالى عنه :

ومنها إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث السابق (فلا حنث عليه » والجواب أنه محمول على الاتصال بالعرف العملى ، لأن عرف جميع الناس وصل الاستثناء لا فصله لو لم يكن فى لفظ الحديث مايدل عليه ، فكيف ولفظه يدل عليه حيث قال بالفاء الدالة على الوصل والتعقيب بلا مهلة «من حلف على يمين فقال إن شاء الله» ثم يوجبه أيضا اللوازم المذكورة فى الأصل من أنه يستلزم أن لا يحكم بوقوع طلاق ولا عتاق ولا إقرار بمال ولا مالا يحصى من اللوازم الباطلة ، وبذلك أخاف أبوحنيفة المنصور حين وشى به أعداؤه إليه بأنه يرد رأى جدك ابن عباس فى جواز الاستثناء المنفصل ، فقال له مامعناه : إن مخالفته فيها تحصين الخلافة عليك ومنع خروج المخالفين لك من الخروج عليك ، وإلا جاز لهم أن يستثنوا إذا خرجوا من عندك . ومذهب الشافعى كمذهبنا فى أنه إذا قال متصلا بقوله طالق أوحرة إن شاء الله لايقع الطلاق والعتاق . وقال مالك وأحمد فى ظاهر الرواية عنه يتنجزان لأنه علقهما بشرط محقق ، لأنه لولم يشإ الله كلا من طلاقها وعتاقها لم يمكنه التلفظ به ، ويوضحه أنه إذا أراد صدور اللفظ منه فقد شاء الله صدوره ، وإن أراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة أنه إذا صدر اللفظ وجب كل منهما ، وإن أراد مايكون من المشيئة فيما بعد فمشيئته قديمة عند أهل السنة والجماعة فظنه أنها تتجدد محال . والحجة لنا ما روينا وبينا من المعنى . والجواب عن متمسكه أنه لم يعلقه بمحقق لأنه لايمكن الاطلاع على ما فى مشيئة الله تعالى ، ونختار أنه أراد تعليق وجود الطلاق والعتاق بمشيئة الله تعالى ، وقوله فقد حكمت الشريعة إلى آخره ليس على إطلاقه ، إذ التعليقات من نحو أنت طالق إن قدم زيد أو دخلت الدار وجد فيه لفظ الطلاق ولم تحكم الشريعة بوقوعه فى الحال بالإجماع وما نحن فيه من هذا القبيل (قوله فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط الخ) إنما نوعه لما ذكرنا أنه على قوم محمد استثناء ، وعلى قول أبى يوسف تعليق على أحد وجهى النقل عنهما ، وقريب من الاستثناء لو قال إن دخلت فلله علىّ أن أتصدق بمائة مثلا ، قال فى النوازل : هذا قريب من الاستثناء لأن من الأمثال ماليس به حقيقة ، ولأن المثل تشبيه ولا يكون فى التشبيه إيجاب المال ، قال : وبه نأخذ إلا أن يريد الإيجاب على نفسه .

[فروع] طلق أو خلع ثم ادعى الاستثناء أو الشرط ولا منازع لا إشكال فى أن القول قوله ، وكذا إذا كذبته المرأة فيه ذكره فى الحاوى للإمام محمود البخارى . ولو شهد عليه بأنه طلق أو خالعها بغير الاستثناء أو قالا لم يستثن قبلت ، وهذه من المسائل التى تقبل فيها الشهادة على النفى ، فإن لم يشهدا على النفى بل قالا : لم نسمع منه غير لفظة الطلاق والخلع والزوج يدعى الاستثناء . فى المحيط القول قوله . وفى فوائد شمس الإسلام الأوزجندى : لايسمع دعوى الاستثناء إذا عرف الطلاق بالبينة بل إذا عرف بإقراره ، ومثله إذا قال لعبده أعتقتك أمس وقلت إن شاء الله لايعتق . وفى الفتاوى للنسفى : لو ادعى الاستثناء وقالت بل طلقنى فالقول لها ولا يصدق الزوج إلا ببينة ، بخلاف

فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعا عن الأول . وقوله (فيكون الاستثناء) يعنى على قول محمد (أو ذكر الشرط) يعنى على قول أبى يوسف .

(قوله وقوله فيكون الاستثناء يعنى على قول محمد أوذكر الشرط يعنى على قول أبى يوسف) أقول : مخالف لما أسلفه آنفا إلا أن يكون إشارة إلى النقل الآخر عنهما ، ثم أقول : ولايبعد أن يقال : الظاهر أن المراد فيكون الاستثناء فيما نحن فيه ، وذكر الشرط فى سائر الشروط

(وكذا إذا ماتت قبل قوله إن شاء الله تعالى) لأن بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجابا والموت ينافى الموجب دون المبطل ، بخلاف ما إذا مات الزوج لأنه لم يتصل به الاستثناء (وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة طلقت ثنتين ، وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا ثنتين طلقت واحدة)

مالو قال لها قلت لك أنت طالق إن دخلت فقالت طلقنى منجزا القول قوله . وفى الفتاوى الصغرى : إذا ذكر الجعل لاتسمع دعوى الاستثناء والطلاق على مال كالخلع . و نقل نجم الدين النسفى عن شيخ الإسلام أبى الحسن أن مشايخنا أجابوا فى دعوى الاستثناء فى الطلاق أن لايصدق الزوج إلا ببينة لأنه خلاف الظاهر وقد فسد حال الناس . والذى عندى أن ينظر ، فإن كان الرجل معروفا بالصلاح والشهود لايشهدون على النفى ينبغى أن يؤخذ بما فى المحيط من عدم الوقوع تصديقا له ، وإن عرف بالفسق أو جهل حاله ينبغى أن لايؤخذ بقول المانع لغلبة الفساق فى هذا الزمان . ولو طلق فشهد اثنان أنك قد استثنيت وهوغير ذاكر ، إن كان بحيث إذا غضب لايدرى مايقول وسعه الأخذ بشهادتهما وإلا لايأخذ بها (قوله وكذا إذا ماتت) معطوف على قوله وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله متصلا لم يقع الطلاق . وقوله والموت ينافى إلى آخره جواب عن مقدر هو أن الموت ينافى الواقع من الطلاق ، حتى لو قال لها أنت طالق أوطالق ثلاثا فماتت قبل الوصف أو العدد لايقع فينبغى أن ينافى الاستثناء وهو المبطل فيقع الطلاق . أجاب بأن الموت ينافى الموجب فيبطل به ويناسب الاستثناء فلا يبطل به (قوله بخلاف ما لو مات الزوج) قبل الاستثناء وهو يريده ويعلم إرادته بأن ذكر لآخر قصده قبل التلفظ بالطلاق ، وقول من قال يحتمل كذبه على الرجل فى ذلك أو أن يبدوله فيتركه ليس بشىء لأنه خلاف الظاهر ، ولأنه يجب تصديقه فيه ، ثم الواقع الوقوع فبحثه هذا إذا كان لإثبات عدم الوقوع فقد خرق الإجماع إذا اكتفى فى إثبات حكم الاستثناء بنية الاستثناء وإلا فلا فائدة له غير اللجاج (قوله ولو قال إلا ثنتين طلقت واحدة) وعن أبى يوسف لايصح الاستثناء لأنه استثنى الأكثر وهو قول طائفة من أهل العربية ، وبه قال أحمد . قالوا : لم تتكلم العرب به ، وقوله تعالى ـ إن عبادى ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين ـ والغاوون الأكثرون . قال تعالى ـ وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين ـ لادليل فيه لأن الاستثناء منقطع ، إذ المراد بعبادى الخلص هكذا استقر الاستعمال القرآنى ، على أن هذه النسبة للتشريف فلم يدخل الغاوون . قلنا : لانسلم عدم ثبوته لغة وما ذكرتم من التأويل فى الآية ممنوع ولوسلم مع مافيه ، ففى الحديث الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه عز وجل : «ياعبادى كلكم جائع إلا من أطعمته ، ياعبادى كلكم عار إلا من كسوته» . ولو سلم فعدم السماع فى تركيب معين

وقوله (وكذا إذا ماتت) معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعنى إذا ماتت بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن شاء الله لايقع الطلاق لأن الكلام خرج بالاستثناء من أن يكون إيجابا ، وإذا بطل الإيجاب بطل الحكم . فإن قيل : الإيجاب وجد فى حياتها والاستثناء بعدها فيكون باطلا لعدم المحل ، وإذا بطل الاستثناء صح الإيجاب فيقع الطلاق . أجاب بقوله (والموت ينافى الموجب دون المبطل) يعنى أن الإيجاب لو اتصل بالموت بأن تموت قبل تمام قوله أنت طالق بطل . وأما المبطل وهو الاستثناء أو الشرط فلا يبطل لأن مبطل الشىء ما ينافيه ولامنافاة بين مبطل ومبطل ، بخلاف الموجب فإن المبطل ينافيه فيرفعه (بخلاف ما إذا مات الزوج) بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لأنه لم يتصل به الاستثناء ، وإنما تعلم إرادته الاستثناء بقوله قبل ذلك إنى أطلق امرأتى واستثنى (وإن قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة طلقت ثنتين ، وإن قال إلا ثنتين طلقت واحدة) وفى ذكر المثالين إشارة

والأصل أن الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ، ومعناه أنه تكلم بالمستثنى منه ، إذ لافرق بين قول القائل لفلان علىّ درهم وبين قوله عشرة إلا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لأنه يبقى التكلم بالبعض بعده ، ولا يصح استثناء الكل من الكل لأنه لايبقى بعده شيء ليصير متكلما به وصارفا اللفظ إليه ،

لايستلزم عدم صحة استعماله ؛ ألا ترى أنه لم يسمع له مائة إلا ثمنا وسدس ثمن وسائر الكسور ، ويجوز استعمالها ، وهذا لأن الاستثناء بيان أن المستثنى لم يرد بالصدر . فحاصل التركيب من المستثنى والمستثنى منه أنه تكلم بالباقى بعد المستثنى ، وقولهم إخراج عن الصدر إلى آخره تجوّز لأن حقيقة الإخراج متعذرة لأنها تستدعى سبق الدخول ، فإن اعتبر الدخول فى التناول فالاستثناء لايفيد الإخراج منه لأنه باق بعد الاستثناء ، لأن تناول اللفظ بعلة وضعه لتمام المعنى وهى قائمة مطلقا فلا يتصور الإخراج منها ، وإن اعتبر الدخول فى الإرادة بالحكم لزم أن يكون كل استثناء نسخا ، ويلزم أن لايصح فى نحو قوله تعالى ـ فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما ـ من الإخبارات ، لأن المتكلم حينئذ إما أن يكون كاذبا فى إرادة عموم الصدر بالحكم حيث لم يكن فى الواقع . أو فى الاستثناء إن كان هو المتنفى ، أوغالطا فى أحدهما ويستحيلان فى حقه تعالى، فلزم بالضرورة أنه بيان أن مابعد إلا لم يرد بالحكم، ثم هل يكون مرادا بالصدر : أعنى العام أو الكل، ثم أخرج ثم حكم على الباقى، أو أريد ابتداء بالصدر ماسوى مابعد إلا وإلا قرينته خلاف لايوجب خلافا فيما ذكرنا أن حاصل تركيب الاستثناء تكلمه بالباقى : أى حكمه عليه ، وحققنا فى الأصول أن معنى القول الأول أنه أريد عشرة وحكم على سبعة فى قوله علىّ عشرة إلا ثلاثة ، فإرادة العشرة بعشرة باق بعد الحكم ، وإلا فهو المذهب الآخر بزيادة تكلف ، ثم ماذكرنا من تحقيق دلالته لايستلزم كون عشرة إلا ثلاثة اسما مركبا لمعنى سبعة كما نسب إلى القاضى الباقلانى ، على أن التحقيق أن قوله هو أحد المذهبين كما حققناه فى الأصول ، بل مراده ماذكره المصنف من قوله إذ لافرق بين قول القائل على درهم وعشرة إلاتسعة ، وقوله هو الصحيح احتراز من قول من قال إخراج ، وفيه معنى المعارضة لاستلزامه فى الإخبار ماذكرنا ، ونسب إلى الشافعية والله أعلم ، فإنهم مصرحون بأنه من المخصصات ، والتخصيص بيان أن المخصص لم يكن مرادا ، أو قالوه على تأويله بظاهر اللفظ وهو الظاهر لأن مسئلة الاستثناء من النفى إثبات يوجب القول بالمعارضة لأنها توجب حكمين على الثلاثة مثلا فى ضمن العشرة بالإثبات وبعد إلا بالنفى ، لكن لاشك فى أنه بحسب الظاهر لاحقيقة للإسنادين فيها وإلا كان تناقضا ، وحينئذ فالثابت صورة المعارضة بين حكم الصدر وما بعد إلا ، وترجح الثانى فيجب حمل المرجوح عليه كما هو لكل معارضة ترجح فيها أحد المتعارضين . فظهر أنه لم يحكم فى الصدر إلا على سبعة (قوله ولا يصح استثناء الكل من الكل) قيل لأنه رجوع بعد التقرر وهو لايجوز . ودفع بأنه لو كان كذلك لصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية ، لكنه لايجوز فيه أيضا لو قال أوصيت لفلان بثلث مالى إلا ثلث مالى

إلى أن استثناء القليل والكثير سواء ، خلافا للفراء فإنه لايجوز الأكثر ويدعى أنه لم يتكلم به العرب (والأصل أن الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا) أى بما بقى من المستثنى منه بعد الاستثناء (هو الصحيح) احتراز عن قول من يقول إنه إخراج بطريق المعارضة ، وموضعه أصول الفقه ، وإذا كان كذلك لا فرق بين أن يقال لفلان علىّ درهم وأن يقال عشرة إلا تسعة ، فيصح استثناء البعض قليلا كان أو كثيرا أو أكثر من الجملة لبقاء التكلم بالبعض بعده (ولايصح استثناء الكل من الكل) مثل أن يقول عشرة إلا عشرة لأنه لم يبق بعد الاستثناء شىء (يصير متكلما به وصارفا للفظ إليه) فبقى كلامه الأول كما كان ويقع الثلاث ، وقد ظن بعض أصحابنا أن الاستثناء رجوع والرجوع

. . . .

لايصح الاستثناء فعلم أنه لغيره ، وهو ماذكر فى الكتاب من أنه حينئذ لايبقى بعده شىء يصير متكلما به ، وتركيب الاستثناء لم يوضع إلا للتكلم بالباقى بعد الثنيا لالنفى الكل كما يفيده التبادر مع الاتفاق على نفى أنه لنفى الكل ، بل يفيد ذلك قوله ليس له شىء من العشرة ونحوه واستقراء استعمالات العرب تفيده وما حكى عن بعضهم من تجويزه يجب حمله على كون الكل مخرجا بغير لفظ الصدر أومساويه كعبيدى أحرار إلا مماليكى فيعتقون كما صرح به فى المبسوط وقاضيخان وزيادات المصنف . فلو قال نسائى طوالق إلا زينب وعمرة وفاطمة وحفصة لاتطلق واحدة منهن . وفى البقالى : لو قال كل امرأة لى طالق إلا هذه وليس له امرأة غيرها لاتطلق . وفى الذخيرة لو قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الطلاق الثلاث عند أبى حنيفة . وعندهما يقع ثنتان . وعن أبى يوسف واحدة وهو قول زفر . فكأن أبا حنيفة يرى توقف صحة الأولى إلى أن يظهر أنه مستغرق أولا ، وهما يريان اقتصار صحته على الأولى ، وزفر يرى اقتصاره على الأولى والثانية . وقول أبى حنيفة أوجه لأن الصدر متوقف على الإخراج . ولو قال طالق واحدة وواحدة وواحدة إلاثلاثا بطل الاستثناء اتفاقا لعدم تعدد يصح معه إخراج شىء . ولو قال واحدة وثنتين إلا ثنتين أوا ثنتين وواحدة إلا اثنتين يقع الثلاث ، وكذا ثنتين وواحدة إلا واحدة ، لأنه فى الأولين إخراج الثنتين من الثنتين أو الواحدة ، وفى الثالثة واحدة من واحدة فلا يصح ، بخلاف مالو قال طالق واحدة وثنتين إلا واحدة حيث تطلق ثنتين لصحة إخراج الواحدة من الثنتين . والأصل أن الاستثناء إنما ينصرف إلى مايليه ، وإذا تعقب جملا قيد الأخيرة منها ؛ وكما قيدنا بطلان المستغرق بما إذا كان بلفظ الصدر أو مساويه كذلك يجب تقييده بما إذا لم يكن بعد المستغرق استثناء آخر يكون جبرا للصدر ، فإن كان صح ، فإنه ذكر فى فتاوى الولوالجى : لو قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة طلقت واحدة . واعلم أنه إذا تعدد الاستثناء بلا واو كان الكل إسقاطا مما يليه . فيلزم أن كل فرد إسقاط من الصدر وكل شفع جبر له . فإذا قال طالق ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة كان الواقع ثنتين لأنك أسقطت من الثلاث ثنتين أولا فصار الحاصل واحدة ، ثم أسقطت من الساقط من الصدر واحدة فجبر بها الصدر فصار الباقى ثنتين ، فقد أخرج من الثلاث المستثناة واحدة فصارت ثنتين ثم أخرجهما من الثلاث الصدر فصار الباقى واحدة ، وهذا بناء على أن الثلاث المستثناة من الثلاث لم تبطل بل تتوقف إلى أن يظهر استثناء منها فيصح أولا فيبطل والله أعلم . وأصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى ـ إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته ـ ومن فروعها المعروفة له على عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثة إلا ثنتين إلا واحدة تلزمه خمسة . ولو قال ثنتين وأربعا إلا ثلاثا يقع

عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح ، وليس كذلك لما أنه أبطل استثناء الكل فى الوصية مع أن الوصية تحتمل الرجوع ، وذكر المصنف فى زياداته أن استثناء الكل من الكل إنما لايصح إذا كان بعين ذلك اللفظ ، وأما إذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وإن كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى ، فإنه لو قال كل نسائى طوالق إلا كل نسائى لايصح الاستثناء بل يطلقن كلهن . ولو قال كل نسائى طوالق إلا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لاتطلق واحدة منهن وإن كان هو استثناء الكل من الكل ، وهذا لأن الاستثناء تصرف لفظى فيصح فيما صح فيه اللفظ ،

(قوله وذكر المصنف فى زياداته أن استثناء الكل من الكل ، إلى قوله : وإن كان هو استثناء من الكل) أقول : دليله مذكور فى الشروح .

وإنما يصح الاستثناء إذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل ،وإذا ثبت هذا فى الفصل الأول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفى الثانى واحدة ،فتقع واحدة ولو قال إلاثلاثا يقع الثلاث لأنه ستثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء ، والله تعالى أعلم بالصواب .

(باب طلاق المريض)

الثلاث ذكره القدورى . وأصله أن الاستثناء تصرف فى اللفظ أولا ، ويستتبع الحكم على ذلك التقدير لا فى الحكم ابتداء ، فلو أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى كان الاستثناء من الكل ، ولهذا لو قال أنت طالق أربعا إلا ثلاثا تقع واحدة ، أوعشرة إلا تسعة طلقت واحدة ، أوخمسا إلا واحدة يقع الثلاث . وفى المنتقى: طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا فهى ثلاث عند أبى حنيفة وزفر لأنه يصير قوله وثلاثا فاصلا لغوا فاستثنى الأكثر فيقع الكل . وعند أبى يوسف يقع ثنتان وهو الظاهر من قول محمد كأنه قال ستا إلا أربعا . وما ذكر شيخ الإسلام أنه ينوى ، فإن قال عنيت ثنتين من الثلاث الأول وثنتين من الثلاث الأخيرة يصح الاستثناء ، وإلا فلا خارج عن قانون الاستثناء ولم يذكر النية ، كذلك الحاوانى فى هذه المسئلة ولا فى المنتقى . ولو قال طالق ثلاثا إلا واحدة أو ثنتين طولب بالبيان ، فإن مات قبله طلقت واحدة فى رواية ابن سماعة عن أبى يوسف وهو قول محمد وهو الصحيح ، وفى رواية أخرى ثنتان ، وما قيل إن هذه الرواية تناسب أصل أبى يوسف ، يعنى فى منع إخراج الأكثر فما لا ينبغى لأن تلك رواية عنه لا ظاهر مذهبه . نعم هذه الرواية تناسب تلك الرواية . وجه الصحيح أنه وقع الشك فى الثانية فلا يقع بالشك فتقع واحدة .

[فرع] إخراج بعض التطليقة لغو بخلاف إيقاعه . فلو قال طالق ثلاثا إلا نصف تطليقة وقع الثلاث وهو قول محمد وهو المختار ، وقيل على قول أبى يوسف ثنتان لأن التطليقة لاتتجزأ فى الإيقاع فكذا فى الاستثناء فكأنه قال إلا واحدة . والجواب أن فى الإيقاع إنما لايتجزأ لمعنى فى الموقع وهو لم يوجد فى الاستثناء فيتجزأ فيه فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلاثا .

(باب طلاق المريض)

لما فرغ من طلاق الصحيح بأقسامه من التنجيز والتعليق والصريح والكناية وكلا وجزءا شرع فى بيان طلاق المريض ، إذ المرض من العوارض وتصور مفهومه ضرورى ، إذ لاشك أن فهم المراد من لفظ المرض أجلى من

فلما استثنى الجزء من الكل صح لفظا فكذا فيما بقى ، إذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعى لما صح فى قوله أنت طالق عشرة إلا تسعة لما أنه لامزيد على الثلاث شرعا وهو صحيح بلاخلاف . وقوله (وإنما يصح إذا كان موصولا به) ظاهر ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

(باب طلاق المريض)

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنيا وبدعيا صريحا وكناية تنجيزا وتعليقا كلا وجزءا شرع فى بيان طلاق

(باب طلاق المريض)

(قوله وتعليقا كلا وجزءا) أقول : لعل مراده تطليقها نصف تطليقة أو ثلثها أوما أشبه ذلك

(وإذا طلق الرجل امرأته فى مرض موته طلاقا بائنا فمات وهى فى العدة ورثته ، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها) وقال الشافعى رحمه الله : لاترث فى الوجهين لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهى السبب

فهمه من قولنا معنى يزول بحلوله فى بدن الحى اعتدال الطبائع الأربع ، بل ذلك يجرى مجرى التعريف بالأخفى (قوله فى مرض موته) احتراز عما لو صح من ذلك المرض بعد ماطلقها ثم مات وهى فى العدة لايكون له حكم مرض الموت فلا ترثه ، وقيد بالبائن لأن فى الرجعى يرثه وترثه فى العدة وإن طلق فى الصحة لقيام النكاح . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم أن فى طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان فى العدة . وأجمعوا أنه لو طلقها فى الصحة فى كل طهر واحدة ثم مات أحدهما لايرثه الآخر ، وبالعدة لأنها لاترثه إذا مات بعد انقضائها ، خلافا لمالك فى قوله ترث وإن تزوجت بعشرة أزواج . ولابن أبى ليلى فى قوله ترث مالم تتزوج وهو قول أحمد . ويعرف من تقييد الإرث بالعدة أنه لو طلق امرأته التى لم يدخل بها فى مرض مات فيه لاترث لأنها لاعدة عليها من ذلك الطلاق ، وقيد بغير الرضا ، لأنه لوطلقها برضاها لاترث . ولابد من قيد كونهما ممن يتوارثان حال الطلاق لأنه تعلق حقها بماله إذا مرض هو إذ ذاك ، حتى لو كانت كتابية أو أحدهما مملوكا وقت الطلاق لاترث ، وإن أسلمت فى العدة قبل موته أو عتق لاترث . أما لو قال فى مرضه إذا أسلمت فأنت طالق بائنا ترثه لأنه علق بزمان تعلق حقها بماله . واختلفوا فيما إذا دام به المرض أكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لأقل من سنة أشهر . فعند أبى يوسف ترث ، وعندهما لاترث بناء على أن المبانة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين تنقضى به العدة عنده حملا على أنه حادث فى العدة من زنا فلا يثبت نسبه منه ، ويتيقن بوضعه براءة الرحم فتنقضى به العدة بعد موته فترث . وعندهما لايحمل على الزنا وإن قالته . بل على أنه من زوج آخر بعد عدة الأول فتبين أن عدتها انقضت قبل موته فلا ترث ، وستأتى المسئلة فى ثبوت النسب (قوله وهى السبب) أى الزوجية هى السبب فى الإرث وقد انقطعت بالبينونة ، وكذا لايرثها إذا ماتت فى العدة ، فلو كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانبين ، وبمذهبنا قال عمر وابنه وعثمان وابن مسعود والمغيرة ، ونقله أبو بكر الرازى عن على وأبى بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد ابن ثابت ، ولم يعلم عن صحابى خلافه ، وهو مذهب النخعى والشعبى وسعيد بن المسيب وابن سيرين وعروة

المريض متعرضا لبعض ما ذكر إذ المرض من العوارض السماوية فأخر بيانه عن بيان حكم من به الأصل وهو الصحة (وإذا طلق الرجل امرأته فى مرض موته) وهذا يسمى طلاق الفار . والأصل فيه أن من أبان امرأته فى مرض موته بغير رضاها وهى ممن ترثه ثم مات عنها وهى فى العدة ورثته خلافا للشافعى . قيد بالإبانة لأن الطلاق إذا كان رجعيا كان توريثها منه باعتبار أن حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار الفرار . وقيد بمرض موته لأنه إذا طلقها بائنا فى مرض فصح منه ثم مات لاترث ، وبغير الرضا لأنه إذا كان برضاها لاترثه وممن ترثه ، لأنها إن كانت كتابية أو أمة لاترث وبالموت فى العدة لأنها إن ماتت بعد انقضائها لم ترث خلافا لمالك . وحكم الفرار كما ثبت من جانبه يثبت من جانبها كما إذا ارتدت والعياذ بالله وهى مريضة فإنه يرثها (وقال الشافعى : لاترث فى الوجهين)

(قوله لأنه إذا كان برضاها لاترثه الخ) أقول . فيه أنه إذا طلقت نفسها ثلاثا فأجاز الزوج فى مرضه ترث ، وليس ذلك أقل من الرضا فليتأمل فى الفرق ، وليس لك أن تقول : المراد تطليق نفسها فى صحته لأنه صرح فى الغاية أنها إذا طلقت نفسها ثلاثا فى مرض موته (قوله وحكم الفرار كما يثبت ، إلى قوله فإنه يرثها) أقول : كيف يرث ولا عدة فى جانبه ولا قيام النكاح بوجه من الوجوه فلا إمكان ، وسيجى

ولهذا لايرثها إذا ماتت. ولنا أن الزوجية سبب إرثها فى مرض موته والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها ، وقد أمكن لأن النكاح فى العدة يبقى فى حق بعض الآثار فجاز أن يبقى

وشريح وربيعة بن عبد الرحمن وطاوس وابن شبرمة والثورى وحماد بن أبى سليمان والحرث العكلى . لنا الإجماع والقياس . أما الإجماع فلأن عثمان رضى الله عنه ورّث تماضر بنت الأصبغ بن زياد الكلبية ، وقيل بنت عمرو بن الشريد السلمية من عبد الرحمن بن عوف لما بتّ طلاقها فى مرضه ومات وهى فى العدة بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فكان إجماعا ، وقال : ما اتهمته ولكن أردت السنة . وهذه الرواية أليق مما روى عن عثمان أنه قال حين ورثها فرّ من كتاب الله . وقد ذكر عن عبد الرحمن أنه قال : مافررت من كتاب الله . وقول ابن الزبير فى خلافته : لوكنت أنا لم أورثها ، أراد به لعدم علمى إذ ذاك بأن الحكم الشرعى فى حقها ذلك ، وهو بعد انعقاد الإجماع فيه فلا يقدح فيه . لايقال : بل على هذا التقرير لم يكن إجماعا لأنه كان سكوتيا ، وحين قال ابن الزبير ذلك ظهر أن سكوته لم يكن وفاقا . لأنا نقول : نعم لوكان إذ ذاك فقيها لكنه لم يكن فى ذلك الزمان من الفقهاء إذ لم يعرف له قبل ذلك فتوى ولا شهرة بفقه . والحكم فى ذلك يتبع ظهور ذلك فخلافه كخلاف ابن عباس فى مسئلة العول . وقول المالكية : كان قضاء عثمان بعد العدة معارض بقول الجمهور أنه كان فيها . وأما القياس فعلى مالو وهب كل ماله أو تبرع لبعض الورثة فى مرض موته بجامع إبطال حق بعد تعلقه بماله فيه ؛ وهذا لأن حق الورثة يتعلق بماله بالمرض لأنه سبب الموت ؛ ولذا حجر عن التبرعات بما زاد على الثلث والزوجة من الورثة فقد تم القياس بعد الإجماع ، وهذا القياس لايتوقف على ظهور قصد الإبطال بل هو دائر مع ثبوت الإبطال سواء قصده أو لم يقصده ولم يخطر له. وأما القياس المتوقف عليه كما فعل المصنف فهو قياسه على قاتل المورث . وصورته : هكذا قصد إبطال حقها بعد تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث بجامع كونه فعله محرما لغرض فاسد فالحكم ثبوت نقيض مقصوده ، ولذا اختلف خصوص الثابت فى الأصل والفرع ، فإنه فى الأصل منع الميراث وفى الفرع ثبوت الميراث . وهذا التعليل فى طريق الآمدى بمناسب غريب إذ لم يشهد له أصل بالاعتبار ، بل الثابت مجرد ثبوت الحكم معه فى المحل : أعنى القاتل . وأما عندنا فقد ثبت اعتباره بالإجماع المذكور ، وكان مقتضى القياس أن ترث ولومات بعد تزوّجها كقول مالك ، إلا أن أصحابنا رأوا أن اشتراط عمل هذه العلة الإمكان وهو ببقاء العدة بناء على أن حكم الشرع بالميراث لابد أن يكون لنسب أو سبب وهو الزوجية والعتق ، فحيث

يعنى قبل انقضاء العدة وبعدها لأن سبب إرثها منه الزوجية والزوجية قد بطلت بهذا العارض وهو الطلاق (ولهذا لايرثها إذا ماتت . ولنا أن الزوجية سبب إرثها منه فى مرض موته) وهو ظاهر (والزوج قصد إبطال هذا السبب) بالطلاق وهو أيضا ظاهر (فيرد عليه قصده بتأخير عمله) أى عمل الطلاق (إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها) فإن قيل : إن كان سبب تأخير العمل دفع الضرّ عنها وجب أن يستوى فى ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضاء العدة وما بعده . أجاب بقوله (وقد أمكن) يعنى إنما يصح توريثها منه إذا أمكن تأخير عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح قائما . وقد أمكن ذلك إلى زمان انقضاء العدة لأن النكاح فى العدة باق فى حق بعض الآثار

---

(١) بقوله بعد أسطر (قال المصنف : ولنا أن الزوجية سبب إرثها) أقول : أى سبب تعلق حقها بماله وإلا فظاهره مصادرة (قال المصنف فيرد عليه قصده بتأخير عمله) أقول : أى عمل الطلاق المفهوم من السياق ، ويجوز إرجاع الضمير إلى الإبطال مرادا به الطلاق مجازا .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

فى حق إرثها عنه، بخلاف ما بعد الانقضاء لأنه لا إمكان، والزوجية فى هذه الحالة ليست بسبب لإرثه عنها فتبطل فى حقه خصوصا إذا رضى به (وإن طلقها ثلاثا بأمرها أو قال لها اختارى فاختارت نفسها أو اختلعت منه ثم مات

اقتضى الدليل توريث الشرع إياها لزم أنه اعتبر بقاء النكاح حال الموت. ومعلوم أن بقاءه إما بالحكم بقيامه حقيقة أو بقيام آثاره من منع الخروج والتزوّج وغير ذلك وقيام هذه الآثار ليس إلا بقيام العدة فيلزم ثبوت توريثها بموته فى عدتها، والمصنف لم يعين لقياسه أصلا فى الإلحاق، بل قال: قصد إبطال حقها فيرد عليه قصده دفعا للضرر، ومثله لا يفعل إلا إذا كان هناك أموال شتى يمكن الإلحاق بكل منها، وليس يعرف لرد القصد أصل سوى قاتل المورث. ويمكن أنه اعتبر أصوله كل من ألزم ضرر بطريق غير مباح فإنه يرد ذلك عليه، إلا أن قوله الزوجية سبب إرثها فى مرض موته غير جيد لأنها سبب إرثها عند موته عن مرض أو فجأة. والوجه أن يقول: الزوجية سبب تعلق حقها بماله فى مرض موته والزوج قصد الخ (قوله بخلاف ما بعد الانقضاء) أى انقضاء العدة لأنه لا إمكان للتوريث إذا لم يعهد بقاء شيء من آثار النكاح بعدها. على أنه روى عن عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر وأبىّ بن كعب أن امرأة الفارّ ترث مادامت فى العدة، وبه يحمل قول أبى بكر الصديق ترث مالم تتزوّج: أى مالم تقدر على قدرة التزوّج وهو بانقضاء العدة: أى مالم تقدر عليه (قوله والزوجية الخ) جواب عن قوله ولهذا لا يرثها: أى الزوجية فى هذه الحالة: أى حالة مرضه ليست سببا لإرثه عنها بل فى حال مرضها. ونقول: لو كانت هى المريضة فأبانت نفسها بأن ارتدت حينئذ يثبت حكم الفرار فى حقها فيرثها الزوج، بخلاف ما لو ارتدت صحيحة لأنها بانت بنفس الردة قبل أن تصير مشرفة على الهلاك ولا هى بالردة مشرفة عليه لأنها لا تقتل (قوله فتبطل فى حقه) برفع اللام فتبطل الزوجية بالطلاق البائن فى حق الرجل حقيقة وحكما فلا يرثها إذا ماتت، بخلاف ما إذا أبانها فى مرض موته ثم مات حيث ترثه لأن الزوجية وإن بطلت بالبائن حقيقة لكنها جعلت باقية فى حقها دفعا للضرر عنها لأنه قصد إبطال حقها، وضبطه بنصب اللام على أنه جواب النفى سهو لأنه حينئذ ينعكس الغرض، إذ يكون معناه لو كانت الزوجية سببا لإرثه منها لبطلت، ولكنها ليست بسبب فلا تبطل، وإذا لم تبطل فيجب أن يرثها ولا يقول به أحد (قوله فإن طلقها ثلاثا بأمرها) ليس قيدا، بل المقصود أن يطلقها بائنا بأمرها،

من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الأخت وحرمة نكاح أربعة سواها، فجاز أن يبقى فى حق إرثها منه دفعا للضرر عنها، بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضاء العدة لأن التأخير فيه غير ممكن لعدم بقاء النكاح أصلا. وقوله (والزوجية فى هذه الحالة) جواب عن قوله ولهذا لا يرثها إذا ماتت، ومعناه أن الزوج إذا كان مريضا لا يتعلق له حق فى مال المرأة لكونها صحيحة فلا يرثها إذا ماتت، إما لأنه لم يتعلق حقه بمالها، وإما لأنه رضى بحرمانها عن الإرث حيث أقدم على الطلاق، وإما لأنه لم يكن النكاح قائما بوجه من الوجوه (وقوله فتبطل فى حقه) قال فى النهاية بالنصب لأنه جواب النفى. وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير، ولكل منهما وجه خلا قوله لا غير فإنه لا وجه له. وقوله (وإن طلقها بأمر) ها ظاهر. قيل سؤالها للطلاق لا يربو على قولها أسقطت ميراثى من

على سبيل الاستخدام (قوله وإما لأنه رضى بحرمانه الخ) أقول: هذا الوجه أعم من الأول، إذ يحتمل أن يكون الطلاق فى مرض موتها أيضا (قوله فتبطل فى حقه، قال فى النهاية بالنصب الخ) أقول: أنت خبير أنه على تقدير النصب يكون المعنى فلا تبطل الزوجية، وذلك ليس بصحيح وإلا كان ينبغى أن يرثها، وقد اعترف به نفسه أيضا حيث قال: إن النكاح لم يكن قائما بوجه من الوجوه، ويجوز أن يقال:

وهى فى العدة لم ترثه) لأنها رضيت بإبطال حقها والتأخير لحقها. وإن قالت طلقنى للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته لأن

ولهذا عطف قوله أو قال لها اختارى فاختارت نفسها عليه ، فإن هذا القدر إنما يثبت طلقة بائنة ، وكذا إذا اختلعت منه فى مرضه ثم مات وهى فى العدة لم ترثه لأنها رضيت بإبطال حقها . أما فى الأولى فللأمر منها بالعلة ، وأما فى الأخريين فلأنهما باشرا العلة . أما فى التخيير فظاهر لأنه تمليك منها ، وأما فى الخلع فلأن التزام المال علة العلة ، لأنه شراء الطلاق ، ومباشرة آخر وصفى العلة كمباشرتها ، بخلاف مباشرة بعض العلة . فمن فروع ذلك مالو قال لامرأتيه فى مرض موته وقد دخل بهما طلقا أنفسكما ثلاثا فطلقت كل واحدة نفسها وصاحبتها على التعاقب طلقتا ثلاثا بتطليق الأولى لا الثانية وورثت الثانية لأنها لم تباشر علة الفرقة لاالأولى لأنها المباشرة . ولو بدأت الأولى بطلاق ضرتها ثم بطلاق نفسها ثم الأخرى كذلك ورثتا لأن الواقع على كل واحدة منهما طلاق ضرتها لإطلاق نفسها لخروج الأمر من يدها لاشتغالها بطلاق الضرة ، والتفويض تمليك وهو مقتصر على المجلس . ولو طلقت كل نفسها وصاحبتها معا طلقتا ولم ترثا لأن كلا طلقت بتطليق نفسها ثم اشتغلت بما لا يفيد من تطليق ضرتها . وإن طلقتا إحداهما بأن طلقت نفسها وطلقتها ضرتها ووجد ذلك معا طلقت ولا ترث لأنه وجد فى حقها طلاق نفسها وطلاق الوكيل فيضاف إلى المالك لأنه أقوى ، أو كل يصلح علة وقد نزلا معا فيضاف إلى كل كأن ليس معه غيره . ولو قال فى مرضه طلقا أنفسكما إن شئتما فطلقت إحداهما نفسها وصاحبتها لاتطلق واحدة منهما حتى تطلق الأخرى نفسها وصاحبتها لتعلق التفويض بمشيئتهما خلافا لزفر كأنه قال طلقا أنفسكما إن شئتما طلاقكما ، بخلاف ما تقدم فإنه لم يعلق التفويض بشرط المشيئة فتنفرد كل واحدة منهما بذلك . فلو طلقت الأخرى بعد ذلك نفسها وصاحبتها طلقتا لوجود كمال العلة وورثت الأولى لا الثانية لأن الثانية باشرت آخر وصفى العلة والأولى بعض العلة . ولو خرج الكلامان منهما معا بانتا وورثتاه لأن كلا باشرت بعض العلة ، هذا كله بشرط المجلس لأنه تمليك . ولو قال فى مرضه أمركما بيديكما فهو تمليك منهما فلا تنفرد إحداهما بالطلاق كمسئلة المشيئة سواء إلا أنهما إذا اجتمعتا على طلاق واحدة منهما يقع ، وفى قوله إن شئتما لايقع لأنه جعل الرأى إليهما فى شيئين ، فإذا اجتمع رأيهما فى شىء صح ، كما لو وكل رجلين ببيع عبدين فباعا أحدهما وهناك فوض إليهما بشرط مشيئتهما الطلاقين فكان عدما قبل الشرط . ولو قال طلقا أنفسكما بألف فقالت كل طلقت نفسى وصاحبتى بألف معا أو متعاقبا بانتا بألف ويقسم على مهريهما لأن الألف مقابل بالبضعين لايعتبر قيمته عند الخروج فيقوم بما تزوجهما عليه ولم يرثا لأن الفرقة لاتقع إلا بالتزام المال والتزام كل علة لأنه شراء الطلاق ، فكان فعل كل واحدة علة وفعل الأخرى شرطا والحكم يضاف إلى العلة فلذا بطل الإرث. ولو طلقتا إحداهما طلقت بحصتها من الألف لأنهما مأمورتان بطلاقهما فقد أتتا ببعض ما أمرتا به ولم ترث لأنه وقع بقبولها ، وإن قامتا بطل الأمر لأنه طلاق ببدل فشرطه اجتماع رأيهما ، بخلاف المأمورتين بالطلاق بلا بدل لأنه ينفرد كل منهما بإيقاع الأمر ، وإذا بطل الأمر فى حق نفسها لأنه تمليك بطل فى حق الأخرى لفوات الشرط وهو اجتماع رأيهما الكل من الكافى (قوله والتأخير) أى تأخير عمل الطلاق

فلان وثمة لايسقط . أجيب بأن الميراث لايحتمل السقوط مقصودا ، ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفض ، فإذا لم ترض برفضها جعلناها قائمة فى حقها حكما ، وإذا رضيت حكمنا بارتفاضها فيسقط الإرث ضمنا له ، وكم من

المعنى على تقدير النصب فيبطل الإرث بعد تحقق سببه : أى الزوجية فى تلك الحالة ليست سببا له حتى يلزم المحذور الذى هو بطلان الإرث بعد تحقق سببه ، فالضمير راجع إلى الإرث وفيه تكلف .

الطلاق الرجعى لايزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها (وإن قال لها فى مرض موته كنت طلقتك ثلاثا فى صحتى وانقضت عدتك فصدقته ، ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث عند أبى حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يجوز إقراره ووصيته . وإن طلقها ثلاثا فى مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث فى قولهم جميعا) إلا على قول زفر رحمه الله فإن لها جميع ما أوصى وما أقر به ، لأن الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الإقرار والوصية. وجه قولهما فى المسئلة الأولى أنهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية عنه حتى جاز له أن يتزوج أختها فانعدمت التهمة ؛ ألا ترى أنه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة فيها ، بخلاف المسئلة الثانية لأن العدة باقية وهى سبب التهمة . والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة . ولا عدة فى المسئلة الأولى

لحقها وهى قد رضيت بإبطاله . ولذا لو حصلت الفرقة فى مرضه بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لرضاها بالمبطل وإن كانت مضطرة ، لأن سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج فلم يكن جانيا فى الفرقة ، بخلاف مالو طلقت نفسها ثلاثا فأجاز الزوج فى مرضه حيث ترث لأن المبطل للإرث إجازته . ولو وقعت الفرقة بتمكين ابن الزوج لاترث إلا أن يكون أبوه أمره بذلك فقربها مكرهة لأنه بذلك ينتقل إليه فيكون الأب كالمباشر . ولو وجدت هذه الأشياء منها وهى مريضة ورثها الزوج لكونها فارة . وفى الجامع : لو فارقته فى مرضها بخيار العتق أو البلوغ ورثها لأنها من قبلها وإذا لم تكن طلاقا . وفى الينابيع جعل هذا قول أبى حنيفة ومحمد. وفى الفرقة بسبب الجب والعنة واللعان لا يرثها لأنها طلاق فكانت مضافة إليه. وأورد : ينبغى أن لا يرثها أصلا لأنا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح فى حقها ولا عدة هنا عند موتها فلم يبق النكاح كبعد العدة . أجيب لما صارت محجورة عن إبطال حقه أبقينا النكاح فى حق الإرث دفعا للضرر عنه أوردا لقصدها إبطال حقه كمستعجل الإرث. ولا يخفى أن هذا الاعتبار الذى هو مبنى هذا الجواب يستلزم توريث امرأة الفار إذا مات بعد العدة كما هو قول مالك. وفى القنية : أكره على طلاقها الثلاث لاترث لعدم قصد الفرار ، ولو أكرهت على سؤالها الطلاق ترث (قوله ولو قال لها كنت طلقتك ،

حكم يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ، وكذلك إذا اختارت نفسها لأنه دليل الرضا بالفرقة ، وبالخلع قد التزمت المال لتحصل لها الفرقة وهو أدل على الرضا بها . وقوله (وإن قال لها فى مرضه) فى هذه المسئلة والتى بعدها يجب الأقل عند أبى حنيفة ، ويجب ما أقر وأوصى بالغا ما بلغ فيهما عند زفر ، وقولهما فى الأولى كقول زفر ، وفى الثانية كقول أبى حنيفة . قال زفر (والميراث لما بطل بسؤالها أو تصديقها زال المانع من صحة الإقرار والوصية) وإذا زال المانع يعمل المقتضى عمله . و (وجه قولهما فى المسئلة الأولى أنهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية فانعدمت التهمة) واستوضح ذلك بقوله ألا ترى . وقوله (وهى سبب التهمة) أى العدة سبب تهمة إيثار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيبها كما فى حقيقة الزوجية (والحكم) وهو عدم صحة الإقرار والوصية (يدار على دليل التهمة ولهذا يدار) الحكم المذكور (على النكاح والقرابة) حيث لا يجوز وصيته ولا إقراره لمنكوحته وذوى قرابته . وتحقيق هذا أن الإنسان قد يختار الطلاق لينفتح عليه باب الوصية والإقرار ، وكذا قد يتواضع مع بعض قرابته بدين إيثارا له على غيره ، ولكنه أمر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة فأقامه الشرع مقامه ولم يجوز الإقرار والوصية لمنكوحته وقريبه ، فكذا فى المعتدة لأن العدة من أسباب التهمة (ولا عدة فى المسئلة الأولى) لتصادقهما على انقضائها . وفى عبارته تسامح لأنه ذكر أن العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة ، وإقامة

ولأبى حنيفة رحمه الله فى المسئلتين أن التهمة قائمة لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها فيزيد حقها، والزوجان قد يتواضعان على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة فى الزيادة فرددناها، ولا تهمة فى قدر الميراث فصححناه، ولا مواضعة عادة فى حق الزكاة والتزوّج والشهادة، فلا تهمة فى حق هذه الأحكام. قال رضى الله عنه:

إلى قوله: فلا تهمة فى حق هذه الأحكام) هاتان مسئلتان: ما إذا تصادقا فى مرض موته على طلاقها وانقضاء عدتها قبل المرض، وما إذا أنشأ طلاقها ثلاثا فى مرض موته بسؤالها ثم أقر لها بمال أو أوصى لها بوصية، فعند أبى حنيفة لها الأقل من الميراث ومن كل من الوصية والمقر به فى الفصلين. وقال زفر: لها تمام الموصى به والمقر به فى الفصلين، وقالا فى الأول كقول زفر، وفى الثانى كقول أبى حنيفة. لزفر أن المانع من صحة الوصية والإقرار الإرث وقد بطل بتصادقهما على انقضاء العدة قبل الموت فى الأولى وسؤالها فى الثانية فيجب اعتبار موجبهما. قلنا: ذلك لو لم تكن تهمة لكنها ثابتة، غير أنهما قالا: إنما هى ثابتة فى الثانية لا الأولى، وذلك لأن ثبوت التهمة به باطن فأدير على مظنتها وذلك قيام العدة وهو فى الثانية لا الأولى فوجب تفصيلنا بين الفصلين. والدليل على أن مدار التهمة قيام العدة فى نظر الشرع أن ماينتفى بالتهمة من جواز الشهادة ثابت فى الأولى حتى جازت شهادة أحدهما للآخر فعلم انتفاء التهمة شرعا وأنها صارت أجنبية، وعن هذا جاز وضع الزكاة فيها وأن تتزوّج بآخر من وقت التصادق. ولأبى حنيفة إن قصر سبب التهمة على العدة ممنوع بل هى ثابتة أيضا نظرا إلى تقدم النكاح المفيد للألفة والشفقة وإرادة إيصال الخير، ولما لم يظهرا ماتصادقا عليه إلا فى مرضه كانا متهمين بالمواضعة لينفتح باب الإقرار والوصية، وهذه التهمة إنما تتحقق فى حق الورثة لا فى حق هذه الأحكام إذ لم تجر العادة بالتواضع للتزوّج بأختها أو هى بغيره أو لدفع الزكاة أو للشهادة فلذا صدقا فيها لا فى حق الورثة، وهذه التهمة إنما هى فى الزائد فينتفى، ثم ما تأخذه إنما يلزم فى حقهم بطريق الميراث لا الدين. وفائدته أنه لو توى شىء من التركة قبل القسمة فالتوى على الكل، ولو كان ماتأخذه بطريق الدين لكان على الورثة مادام شىء من التركة، ولو طلبت أن تأخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك، ولو كان دينا لكان لها ذلك، ولو أرادت أن تأخذ من عين التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم أن يعطوها من مال آخر وتعامل فيه بزعمها أن ما تأخذه دين، ولو أقر بفساد نكاحها أو أو خلعها أجنبى فى مرضه ترث. وفى جوامع الفقه: وكذا لو قال كنت جامعت أمك أو تزوجتك بغير شهود، وقوله ولهذا يدار على النكاح فلا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر. والقرابة: أى قرابة الولاد فلاتقبل من الولد وإن سفل لأبيه وجده ولا الأب والجد لابنه وابن ابنه. وفى الغاية: ينبغى أن ينظر إن كان جرى بينهما خصومة وتركت خدمته فى مرضه فذلك يدل على عدم المواضعة والإحسان إليها فحينئذ لاتهمة فى الإقرار لها والوصية، وإن كان ذلك فى حال المطايبة ومبالغتها فى خدمته ينبغى أن لايصح إقراره ووصيته للتهمة، وقاسه على مافى الذخيرة فيما إذا قالت لك امرأة غيرى أو تزوّجت علىّ فقال كل امرأة لى طالق فإنه قال: قيل الأولى يحكم الحال

الشىء مقام غيره إقامة السبب الداعى مقام المدعو، وإقامة الدليل مقام المدلول فهما قسمان (ولأبى حنيفة فى المسئلتين أن التهمة قائمة لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها فيزيد حقها، والزوجان قد يتواضعان على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها، وهذه التهمة فى الزيادة فرددناها، ولا تهمة فى قدر الميراث فصححناه (وقوله ولا مواضعة عادة) جواب عن قولهما ألا ترى أنه يقبل شهادته لها وهو

(ومن كان محصورا أو فى صف القتال فطلق امرأته ثلاثا لم ترثه ، وإن كان قد بارز رجلا أو قدم ليقتل فى قصاص أو رجم ورثت إن مات فى ذلك الوجه أو قتل) وأصله ما بينا أن امرأة الفار ترث استحسانا ، وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله ، وإنما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما إذا كان صاحب الفراش وهو أن يكون بحال لايقوم بحوائجه كما يعتاده الأصحاء ، وقد يثبت حكم الفرار بما هو فى معنى المرض فى توجه الهلاك الغالب ، وما يكون الغالب منه السلامة لايثبت به حكم الفرار ، فالمحصور والذى فى صف القتال الغالب منه السلامة لأن الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار ، والذى بارز أو قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف ، وقوله إذا مات فى ذلك الوجه أو قتل دليل على أنه لافرق بين ما إذا مات

إن كان قد جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها أيضا ، وإن لم يكن كذلك لايقع . قال السروجى : فمقتضى ماذكر من تحكيم الحال هناك أن تحكم هنا اهـ . وقد يفرق بأن حقيقة الخصومة ظاهرة فى قولها تزوجت على ونحوه إذا اقترن بالمشاجرة ، أما هنا فلا ، إذ الإيصاء بما هو أكثر من الميراث ظاهر فى أن تلك الخصومة والبغضاء ليست على حقيقتها ، وإلا لم يوص لها ظاهرا . والحاصل أن الظاهر بذلك الإيصاء التواضع على إظهار الخصومة والتشاجر وكثيرا ما يفعل أهل الحيل ذلك للأغراض (قوله ومن كان محصورا الخ) الحاصل أن مبنى الفرار على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده . وغلبة الهلاك تكون حال عدم المرض كما تكون به وتوجهه بغيره يكون بالمبارزة والتقدمة للرجم والقتل قصاصا ، أو فى سفينة فتلاطمت الأمواج وخيف الغرق أو انكسرت وبقى على لوح أو افترسه سبع فبقى فى فمه ، بخلاف ما إذا كان محصورا فى حصن أو فى صف القتال أو محبوسا للقتل أو نازلا فى مسبعة أو فى مخيف من العدو أو راكب سفينة دون ماقلنا ، والمرأة فى جميع ذلك كالرجل ، فلو باشرت سبب الفرقة فيما ذكرناه من أحوال الفرار كخيار البلوغ والعتق وتمكين ابن الزوج والارتداد فإنه يرثها على ما بيناه آنفا . والحامل لاتكون فارة إلا فى حال الطلق . وقال مالك : إذا تم لها ستة أشهر ثبت حكم فرارها لتوقع الولادة فى كل ساعة . قلنا : المناط مايخاف منه الهلاك ولا يخاف منه إلا فى الطلق ، وتوجهه بالمرض قيل : أن لايقدر أن يقوم إلا بأن يقام ، وقيل إذا خطا ثلاث خطوات من غير أن يهادى فصحيح وإلا فريض . وضعف بأن المريض جدا لايعجز أن يتكلف لهذا القدر ، وقيل أن لايقدر أن يمشى إلا أن يهادى ، وقيل أن لايقوم بحوائجه فى البيت كما تعتاده الأصحاء وإن كان يتكلف ، والذى يقضيها فيه وهو يشتكى لايكون فارا لأن

واضح . وقوله (ومن كان محصورا أو فى صف القتال) هذا لبيان أن حكم الفرار غير منحصر فى المرض بل كل شىء يقربه إلى الهلاك غالبا فهو فى معنى مرض الموت ، لأن مرض الموت هو الذى يخاف منه الهلاك غالبا فكانا فى المعنى سواء ، وفسر المرض الذى يخاف منه الهلاك غالبا أن يكون صاحب فراش ، وفسره بمن يكون بحال لايقوم بحوائجه كالأصحاء وكلامه واضح . وقوله (ولهذا أخوات تخرج على هذا) منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح ، فإن تلاطمت الأمواج وخيف الغرق صار كالمريض فى هذه الحالة . ومنها المرأة الحامل فإنها كالصحيحة فإذا أخذها الطلق فهى كالمريضة . ومنها المقعد والمفلوج مادام يزداد ما به فهو كالمريض ، فإن صار بحيث لايزداد كان بمنزلة الصحيح فى الطلاق وغيره لأنه مادام يزداد فى علته فالغالب أن آخره الموت ، وإذا صار بحال لايزداد فلا يخاف منه لم يكن كذلك . وقوله (وقوله إذا مات فى ذلك الوجه) بيانه : إذا طلقها فى مرض موته ثم قتل أو مات من غير ذلك المرض إلا أنه لم يصح فلها الميراث ، وكان عيسى بن أبان يرى أن لاميراث لها لأن مرض

بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قتل (وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح إذا جاء رأس الشهر أو إذا دخلت الدار أو إذا صلى فلان الظهر أو إذا دخل فلان الدار فأنت طالق فكانت هذه الأشياء والزوج مريض لم ترث ، وإن كان القول فى المرض ورثت إلا فى قوله إذا دخلت الدار) وهذا على وجوه : إما أن يعلق الطلاق بمجىء الوقت أو بفعل الأجنبى أو بفعل نفسه أو بفعل المرأة . وكل وجه على وجهين : أما إن كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض أو كلاهما فى المرض . أما الوجهان الأولان وهو ما إذا كان التعليق بمجىء الوقت بأن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق أو بفعل الأجنبى بأن قال إذا دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر ، فإن كان التعليق والشرط فى المرض فلها الميراث لأن القصد إلى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق فى حال تعلق حقها بماله ، وإن كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لم ترث . وقال زفر رحمه الله ترث لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان إيقاعا فى المرض . ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا

الإنسان قلما يخلو عنه . فأما من يذهب ويجىء ويحم فلا وهو الصحيح . فأما إذا أمكنه القيام بها فى البيت لا فى خارجه فالصحيح أنه صحيح ، هذا فى حق الرجل . أما المرأة فإذا لم يمكنها الصعود إلى السطح فهى مريضة ، والمسلول والمفلوج والمقعد مادام يزداد مابه فهو غالب الهلاك وإلا فكالصحيح ، وبه كان يفتى برهان الأئمة والصدر الشهيد . وقيل إن كان لا يرجى برؤه بالتداوى فكالمريض وإلا فكالصحيح . وقيل ما كان يزداد أبدا ، لا إن كان يزداد تارة ويقل أخرى ، ولو قرب للقتل فطلق ثم خلى سبيله أو حبس ثم قتل أو مات فهو كالمريض ترثه لأنه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالى بكونه بغيره . واعلم أن قوله وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار يقتضى إلحاق حالة الطلق للحامل والمبارزة بحال الصحة إلا أن يبرز لمن علم أنه ليس من أقرانه ، فالأولى أن يعلق ماهو فى حكم مرض الموت بما يخاف منه الموت غالبا كما ذكره فى المرض ، على أن غالبا متعلق بالخوف وإن لم يكن الواقع غلبة الهلاك فتأمل ، وأما فى حال فشو الطاعون فهل يكون لكل من الأصحاء حكم المرض فقاله الشافعية ولم أره لمشايخنا (قوله فأنت طالق) أى طالق بائن لأن الفرار يثبت به لا بالرجعى والله الموفق (قوله إما أن يعلق الطلاق الخ) ضبطه إما أن يعلقه بفعل أحد أولا . الثانى التعليق بنحو مجىء الغد والأول إما بفعل نفسه أو غيره ، وهو إما المرأة أو أجنبى ، والكل على وجهين : إما أن يكون التعليق ووقوع الشرط فى المرض أو الشرط فقط . ففى التعليق بفعل الأجنبى ومجىء الوقت إن كانا فى المرض ورثت لظهور قصد الفرار بالتعليق فى حال تعلق حقها بماله ، وإن كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لم ترث . وقال زفر ترث لأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده فكان إيقاعا فى المرض . ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقا بنفسه عند الشرط حكما لا قصدا : يعنى يسلم قول زفر إنه يصير كالمنجز لكن حكما لا قصدا ، ولذا لو كان مجنونا عند الشرط وقع ، ولو حلف بعد

الموت مايكون سببا للموت ، ولما مات بسبب آخر علمنا أن مرضه لم يكن مرض الموت وأن حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو طلقها فى صحته ، ولكنا نقول : قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات ، وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا أن مرضه لم يكن مرض الموت وأن حقها لم يكن ثابتا فى ماله . وقد بينا أن إرثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا (وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح) كلامه فيه واضح سوى ألفاظ نذكرها (قوله أنت طالق) يعنى طلاقا بائنا لأن حكم الفرار إنما يعطى إذا كان الطلاق بائنا على ماذكرنا . وقوله (وكانت هذه الأشياء) بمعنى وجدت تامة لا تحتاج إلى خبر . وقوله (يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا) يظهر بمسئلتين :

ولا ظلم إلا عن قصد فلا يردّ تصرفه. وأما الوجه الثالث وهو ما إذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض أو كانا فى المرض والفعل مما له منه بدّ أو لابد له منه يصير فارا لوجود قصد الإبطال ، إما بالتعليق أو بمباشرة الشرط فى المرض ، وإن لم يكن له من فعل الشرط بدّ فله من التعليق ألف بدّ فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها . وأما الوجه الرابع وهو ما إذا علقه بفعلها ، فإن كان التعليق والشرط فى المرض والفعل مما لها منه بدّ ككلام زيد ونحوه لم ترث لأنها راضية بذلك ، وإن كان الفعل مما لابدّ لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الأبوين ترث لأنها مضطرة فى المباشرة لما لها فى الامتناع من خوف الهلاك فى الدنيا

التعليق لايطلق ثم وجد الشرط لم يحنث ، فلو كان تطليقا عند الشرط حقيقة وحكما لم يقع فى الأول وحنث فى الثانى ولأنه لم يكن فارا بالتعليق فى الصحة وبعده لم يوجد منه صنع فى وجود الشرط ولا قدرة له على منع فعل الأجنبى ومجيء الوقت فلا يكون ظالما . وأما فى التعليق بفعل نفسه فترث على كل حال ، وإن كان فعل الشرط ليس له منه بد لوجود قصد الإبطال : إما بالتعليق إن كان فى المرض ، أو بمباشرة الشرط إن كان التعليق فى الصحة ، وكون الشرط لابد منه غاية مايوجب اضطراره ، والاضطرار فى جانب الفاعل لاينفى الضمان ، كمن اضطر إلى أكل مال الغير أو أتلفه نائما أو مخطئا يضمن وإن لم يوصف فعله بالظلم ، وحقها صار معصوما بمرضه فاضطراره إلى إبطاله يرد عليه تصرفه ، إلا أن هذا حكم الفرار مع عدم الفرار ، وما كان موجب الميراث إلا الفرار ولا فرار مع عدم القصد .
وقوله (وإن لم يكن له من فعل الشرط بدّ فله من التعليق ألف بدّ) ربما يعطى أن المنظور إليه فى إثبات حكم الفرار إذا كان الشرط لابد منه التعليق ، ويستلزم أن لايثبت الفرار إلا أن يكون التعليق فى المرض لكن ثبوت الفرار مع كون الشرط لابد منه فى حالتى كون التعليق فى المرض أو الصحة . وعلى الثانى لايستقيم النظر إلى التعليق فى إثبات الفرار لأنه ليس فى حال تعلق حقها . ويمكن أن يقال إنه اضطرار جاء منه حيث علق بما لابدّ منه مع علمه بورود أسباب الموت ، ولأنه لاضطراره إلى الشرط بفعله فكان حال التعليق راضيا بالشرط ، بل إنما علق ليفعل الشرط ويقع الجزاء وفيه مافيه . وأما التعليق بفعلها فإن كان التعليق والشرط فى المرض والفعل مما لها منه بدّ ككلام زيد لم ترث . وقوله (لأنها راضية بذلك) أى بالطلاق ، إذ الرضا بالشرط رضا بالمشروط . أورد عليه مالو قال أحد الشريكين فى العبد لشريكه إن ضربته فهو حرّ فضربه يعتق وللضارب تضمين الحالف فقد رضى

إحداهما أنه لو علق طلاق امرأته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فإنه يقع مع أن طلاق المجنون غير واقع ، فدل على أنه ليس بتطليق قصدا . والثانية أن الرجل إذا علق طلاق امرأته بشرط ثم حلف أن لايطلق امرأته ثم وجد الشرط لايحنث ، فلو كان تطليقا قصدا لحنث . وقوله (والفعل مما له منه بدّ أو لابدّ له منه يصير فارا) قيل عليه ينبغى أن لايصير فارا فى التعليق بالفعل الذى لابدّ له منه إذا كان التعليق فى الصحة لأن الفعل إذا كان مما لابدّ له منه يصير مضطرا فى مباشرة ذلك الفعل فلا يصير الفعل ظلما فلا ترث . وأجيب بأن الاضطرار فى جانب الفعل لايرد وجوب الضمان عليه كمن اضطر إلى أكل مال الغير أو إلى قتل الجمل الصائل فإنه يضمن وإن لم يوصف فعله بالظلم لما أن عصمة المحل تكفى لإيجاب الضمان . وقوله (لأنها راضية بذلك) يعنى صار كأنه طلقها بسؤالها لما أن الرضا بالشرط رضا بالمشروط . فإن قيل : لانسلم ذلك فإن أحد شريكى العبد إذا قال لصاحبه إن ضربته فهو حر فضربه عتق ، وللضارب ولاية تضمين الحالف مع أن الضارب ضربه باختياره فلم يجعل ذلك منه رضا . أجيب بأن حكم الفرار يثبت على خلاف القياس استحسانا بإجماع الصحابة بشبهة العدوان ، فإنه روى عن عمر وعثمان وعلىّ

أو فى العقبى ولا رضا مع الاضطرار . وأما إذا كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض ، فإن كان الفعل مما لها منه بدّ فلا إشكال أنه لاميراث لها ، وإن كان مما لابد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله ، وهو قول زفر لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعد ماتعلق حقها بماله .وعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ترث لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آلة له كما فى الإكراه . قال (وإذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه : ترث لأنه قصد الفرار حين أوقع فى المرض وقد مات وهى فى العدة ، ولكنا نقول : المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لأنه ينعدم به مرض الموت فتبين أنه لاحق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارّا . ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهى

بالشرط ، ولم يجعل ذلك رضا بالمشروط إذا لم يكن مضطرا إلى فعل الشرط لكنه مضطر فى مسئلة الإعتاق فإنها موضوعة فيما إذا كان أحد الشريكين قال إن لم أضرب هذا العبد اليوم فهو حرّ فقال له شريكه إن ضربته فهو حر فضربه فللضارب تضمين الحالف لأنه مضطر إلى فعل الشرط ، وفعل الشرط مضطرا لايدل على الرضا . وأجاب الكافى بأن حكم الفرار ثبت على خلاف القياس بشبهة العدوان فيبطل بما له شبهة الرضا ، ولا كذلك الضمان ؛ وقد وجد هنا شبهة رضا المرأة فكفى لنفى حكم الفرار (وإن كان الفعل مما لابد لها منه كأكل الطعام والصلاة الواجبة وكلام الأبوين) ومنه قضاء الدين واستيفاؤه والقيام والقعود والتنفس فلها الميراث لأنها مضطرة فى المباشرة (قوله كما فى الإكراه) بأن أكره إنسانا على إتلاف مال صار المكره متلفا حتى يضمن وينتقل الفعل إليه ، فكذا هنا ، وكفعل القاضى فإنه ينتقل إلى الشاهدين حتى يضمنان إذا رجعا لأنه يصير ملجأ حتى لو لم يقض يفسق . وفى مبسوط فخر الإسلام : الصحيح ماقاله محمد (قوله فلا يصير الزوج فارا) يعنى الفرار المستلزم للحكم الشرعى الخاص إنما يتحقق شرعا بالإبانة فى حال تعلق حقها ولا يتعلق إلا فى مرض موته ، وقد ظهر خلافه . أو نقول : هو بطلاقه فارّ لكن الفرار إنما يؤثر فى الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها فانتفى شرط عمل العلة (قوله ولو طلقها) أى بائنا

وتابعهم فيه غيرهم فيبطل حكمه أيضا لشبهة الرضا ، ولا كذلك حكم الضمان ، وقد وجد ههنا شبهة رضا المرأة فيكفى ذلك لنفى حكم الفرار . وقوله (أو فى العقبى) راجع إلى صلاة الظهر . قيل إنما خصها بالذكر وإن كان جميع المكتوبات فيه سواء لأنها أول صلاة فرضت على النبى صلى الله عليه وسلم ، وكان الفهم فى النظر إلى الأول أسبق . وقوله (فكذلك الجواب عند محمد) أى لاترث المرأة لأنه حين علق الزوج الطلاق لم يكن فى ماله لها حق فلا يتهم بالقصد إلى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع ، غاية ما فى الباب أن ينعدم رضاها إذ فعلها باعتبار أنها لاتجد منه بدّا ، فيكون هذا كالتعليق بفعل أجنبى أو بمجىء الشهر . وقد بينا أن هناك لاترث إذا كان التعليق فى الصحة ، فكذلك ههنا لما أن الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط فى مرضه فلا يكون فارا . فإن قيل : فى هذا مناقضة من جانب زفر لأنه قال فيما تقدم إن المعلق بالشرط كالمنجز فكان إيقاعا فى المرض . فالجواب أن معنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله صنع معتبر لأن الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلاصنع بخلاف ما تقدم فإن الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار . وقوله (لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة)

(قوله وقوله أو فى العقبى راجع إلى صلاة الظهر) أقول : وأيضا راجع إلى كلام الأبوين (ولو طلقها فارتدت) أى لو طلقها ثلاثا أو بائنا فإنه إن لم يظهر أثر الثلاث والبينونة فى الارتداد يظهر فيما ذكره بمقابلته من مسألة المطاوعة فإنها إنما ترث فى المطاوعة بعد البينونة وأما إذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح أو بعد الطلاق الرجعى فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة .

فى العدة لم ترث ، وإن لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها فى الجماع ورثت . ووجه الفرق أنها بالردة أبطلت أهلية الإرث إذ المرتد لا يرث أحدا ولا بقاء له بدون الأهلية . وبالمطاوعة ما أبطلت الأهلية لأن المحرمية لا تنافى الإرث وهو الباقى ، بخلاف ما إذا طاوعت فى حال قيام النكاح لأنها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب ، وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا (ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن فى المرض ورثت. وقال محمد رحمه الله لا ترث ، وإن كان القذف فى المرض ورثته فى قولهم جميعا) وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه إذ هى ملجأة إلى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه (وإن آلى وهو صحيح ثم بانت بالإيلاء وهو مريض لم ترث ، وإن كان الإيلاء أيضا فى المرض ورثت) لأن الإيلاء فى معنى تعليق الطلاق بمضى أربعة أشهر خالية

ثلاثا أو غيره فى مرضه ، وهذا لأنه فرّع على هذا الطلاق نفسه مسئلة المطاوعة وقال إنها ترث ، ولا يتفرع إرثها عليه إلا إذا كان بائنا لأنها إذا طاوعته بعد الرجعى لا ترث كما لو طاوعته حال قيام النكاح (قوله لم ترث) بخلاف النفقة فإنها بالردة تسقط ثم بالإسلام تعود لأنها معتدته (قوله لأن المحرمية لا تنافى الإرث وهو الباقى) بعد ذلك الطلاق ولم يوجد ما يزيله لأن المحرمية لا تنافى الإرث بل تثبت معه كما فى الأم والبنت فإنما تنافى النكاح خاصة فيبقى الإرث لعدم المزيل فمرجع ضمير وهو الباقى الإرث (قوله فى حال قيام النكاح) أى حالة المرض (قوله فتكون راضية ببطلان السبب) وهو النكاح وذلك رضا ببطلان المسبب(قوله لتقدمها عليها) أى لتقدم الحرمة على المطاوعة لحصولها بالطلاق السابق عليها (قوله وقد بينا الوجه فيه) وهو قوله لأنها مضطرة فى المباشرة : أى مباشرة الشرط ، ولا رضا مع الاضطرار كذا قيل . والأوجه كونه قوله بعد ذلك لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه الخ ، لأن الأول ذكره فى صورة ما إذا كان التعليق والشرط فى المرض . وما ذكرنا ذكره فى صورة ما إذا كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض وهو الموازن لما نحن فيه ؛ فإن القذف كان فى الصحة واللعان فى المرض . وقوله (إذ هى ملجأة إلى الخصومة) ظاهر فى أن الملحق بفعلها الشرط الذى لا بد لها منه هو خصومتها : أى مطالبتها بموجب القذف لأنه به يندفع العار ، ولو جعل لعانها صح أيضا إذ هى ملجأة إليه من قبله إذ لعانه يلجئها إلى لعانها . لا يقال : هو أيضا ملجأ إلى لعانه من قبلها لأن الإلجاء فى الكل يعود إليه لأنه ألجأها إلى الخصومة وأثرها لعانه فكان لعانه منسوبا إلى اختياره ، فهى وإن باشرت آخر جزأى مدار الفرقة وهو ما تمسك به محمد : يعنى لأن لعانها آخر اللعانين لكن الزوج اضطرها إليه . وقيل فى وجه قول محمد الفرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه فى زمان تعلق حقها بماله ، ولا يخفى أنه سبب بعيد . ثم قيل على الأول إن سبب الفرقة قضاء القاضى لا اللعان. وأجيب بأنه

أى إلى جعل فعلها الذى لا بد لها منه علة لإسقاط حقها . وقوله (لأن ا رمية لا تنافى الإرث) يعنى بل تنافى النكاح كما فى الأم والأخت . وقوله (وهو) يعنى الإرث هو (الباقى) وقوله (فتكون راضية ببطلان السبب) أى سبب الإرث وهو النكاح (قوله وقال محمد : لا ترث) قيل لأن الطلاق إنما يقع بلعانها لأنه آخر اللعانين ، وكان آخر المدارين . فإن قيل : الفرقة إنما تقع بقضاء القاضى عندنا فكان القضاء آخر المدارين . أجيب بأن اللعان شهادة عندنا على ما يأتى ، والحكم إنما يثبت بالشهادة لا بالقضاء . ووجه قولهما أن الفرقة وإن كانت تقع بلعانها إلا أنها مضطرة فى ذلك لاستدفاع العار عن نفسها وكان ملحقا بفعل لا بد لها منه (وقد بينا الوجه فيه) أى فى الفعل الذى لا بدّ لها منه وهو قوله لأنها مضطرة فى المباشرة . وقوله (وإن آلى وهو صحيح) ظاهر

عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه. قال (والطلاق الذى يملك فيه الرجعة ترث به

الملجىء للقاضى إلى الحكم والحكم لايستند إلا إلى الشهادة واللعان هو الشهادة الملجئة (قوله فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت) كأنه قال فى صحته إذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فأنت طالق بائن فمضت فى مرضه ثم مات فيه لاترث ، كما لو علق فى صحته بأمر سماوى ووجد الشرط فى المرض لايكون فارا . وأورد عليه أن الإيلاء فى الصحة ليس مثل التعليق بمجيء الوقت بل نظير ما لو وكل فى صحته بالطلاق وطلقها الوكيل فى المرض كان فارّا لأنه متمكن من عزله ، فإذا لم يعزله كان فارا كذا هنا هو متمكن من إبطال الإيلاء فى المرض بالفيء ، فإذا لم يفعل ينبغى أن يكون فارا . أجيب بالفرق بأنه لايتمكن من إبطال الإيلاء إلا بضرر يلزمه ، فإن الفيء باللسان لايجوز إذا كان الإيلاء فى حال الصحة ، بل إذا كان فى حال العجز واستمر بخلاف عزل الوكيل (قوله فى جميع الوجوه) أى سواء كان الطلاق بسؤالها أو لا ، أو كان التعليق بفعلها أو بفعله ، والفعل مما لها منه بدّ أولم يكن لايستثنى من عمومه إلا قيام العدة فإنه مشروط فيهما جميعا .

[فروع] قال صحيح لموطوءتيه إحداكما طالق ثلاثا ثم بين فى مرضه فى إحداهما صار فارّا بالبيان ، وترث لأنه بين الطلاق فيها بعد تعلق حقها بماله فيرد عليه قصده ، كما لو أنشأ فجعل إنشاء فى حق الإرث للتهمة . ولو ماتت إحداهما قبله ثم مات تعينت الأخرى ولم ترث لأنه بيان حكمى فانتفت التهمة عنه ، كما لو علق فى صحته بمجيء رأس الشهر فجاء وهو مريض لاترث ، بخلاف ماقبلها لأنها تعينت للطلاق بفعله فترث ، كما لو علق فى صحته بفعل نفسه ثم باشر الشرط فى المرض ، فإن كان له امرأة أخرى غير الثنتين فلها نصف الإرث إذ لايزاحمها إلا امرأة واحدة لأن إحداهما مطلقة بيقين والنصف الآخر بينهما لاستوائهما فى الاستحقاق ، ولو ماتت التى بين طلاقها قبل موته لم ترث منه وصح البيان فيها لانتفاء التهمة عن بيانه بخروجها عن أهلية الإرث بالموت ، وكان الإرث للأخرى لأن التعيين دون الإنشاء ، ولو أنشأ فى مرضه ثم ماتت المطلقة كان جميع الإرث للأخرى ، كذا هنا . ولو كانت له امرأة أخرى كان بينهما نصفين وإن ماتت الأخرى وبقيت التى بين الطلاق فيها ثم مات الزوج لها نصف الإرث لأن البيان إنما بطل صيانة لحقها الثابت ظاهرا وحقها الثابت ظاهرا وقت البيان النصف فلم تزد عليه وهذا لأنها منكوحة من وجه دون وجه فلا تستحق إلا النصف ، حتى لوكان معها امرأة أخرى كان لها الربع وثلاثة الأرباع للمرأة الأخرى ، لأننا إنما أبطلنا البيان صيانة لحقها الثابت وقت البيان ووقت البيان حقها فى الربع فكان للمعينة الربع . ولأن الأخرى منكوحة من كلّ وجه فتستحق كل الإرث وهى منكوحة من وجه فتستحق نصفه ، فسلم النصف للأخرى بلا منازعة واستوت منازعتهما فى النصف الآخر فيتنصف بينهما ، فإن لم يمت الزوج ولم يبين حتى ولدت إحداهما لأقل من سنتين فهو ليس ببيان وبقى الزوج على خياره لأن العلوق يحتمل كونه بوطء قبل الطلاق وذا لايصلح بيانا فلا يكون بيانا بالشك إذ لايقع الطلاق بالشك ويثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق ، فإن نفى الزوج هذا الولد أمر بالبيان ، فإن قال عنيت عند الإيقاع التى لم تلد يلاعن بينه وبين التى ولدت ويقطع

(قوله وقد ذكرنا وجهه) يريد قوله ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقا الخ . فإن قيل : لانسلم أن الإيلاء نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت إن كان التعليق فى الصحة لما أنه متمكن من إبطال الإيلاء بالفيء ، فإذا لم يبطل فى حالة المرض صار كأنه أنشأ الإيلاء فى المرض وهناك ترث فكذلك ههنا ، وكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق فى صحته فطلقها الوكيل فى المرض كان فارا لتمكنه من العزل ، فإذا لم يعزل جعل كأنه أنشأه فكذلك ههنا . أجيب بأن

في جميع الوجوه) لما بينا أنه لايزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائما . قال (وكل ما ذكرنا أنها ترث إنما ترث إذا مات وهي في العدة) وقد بيناه ، والله تعالى أعلم بالصواب .

نسب الولد منه ويلحق بالأم لأنه قذف منكوحته ، وإن قال عنيت التي ولدت يحد لأنه لما كان مراده وقت الإيقاع التي ولدت وقع الطلاق من ذلك الوقت من كل وجه فتبين أنه قذف أجنبية فيجب الحد ويثبت النسب لعدم اللعان ، فإن قال لم أعن عند الإيقاع أحدا ولكن أريد بالمبهم التي ولدت لايحد لأنه قذف منكوحته لأن الطلاق يقع وقت التعيين ولا يلاعن أيضا لأن شرطه قيام النكاح وقد زال بالبيان والنسب ثابت لما مر ، وإن ولدت لأكثر من سنتين من وقت الإيقاع تعينت الأخرى للطلاق لتيقننا بالوطء بعد الطلاق، وحكم الشرع بثبوت النسب منه حكم يكون الوطء منه ضرورة . والوطء بعد الطلاق المبهم بيان إجماعا وتعينت التي ولدت للنكاح ، فإن نفى الولد لاعن ولا ينقطع النسب عنه لأن حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه . فإن ولدت إحداهما لأقل من سنتين من وقت الإيقاع والأخرى ولدت لأكثر من سنتين تعينت صاحبة الأقل للطلاق لأن وطأها لايصلح بيانا ووطء صاحبة الأكثر يصلح بيانا ، وهذا لأن المولود لأكثر من سنتين حصل بعلوق بعد الطلاق المبهم بيقين لأن الولد لايبقى في البطن أكثر من سنتين . أما علوق الأخرى فمشكوك فيه فلا يكون بيانا ، وعدة صاحبة الأقل تنقضي بوضع الحمل إن كان بين ولادتها وبين ولادة صاحبة الأكثر بعدها أكثر من ستة أشهر لتيقننا أن علوق صاحبة الأكثر ووطأها كان قبل ولادة صاحبة الأقل وقبل الولادة هي حامل وعدة الحامل تنقضي بوضع الحمل ، وإن كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فعدة صاحبة الأقل بالحيض لاحتمال أن وطء صاحبة الأكثر كان بعد ولادة صاحبة الأقل ، وإذا احتمل ذلك وجبت العدة بالحيض احتياطا ، وإن أقر الزوج بوطء صاحبة الأقل أولا طلقت صاحبة الأكثر بإقراره ، ولايصدق في صرف الطلاق عن صاحبة الأقل فطلقتا ، كمن قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة أخرى بهذا الاسم وعنيتها طلقتا ، وإن ولدت كل واحدة لأكثر من سنتين من وقت الإيقاع وبين الولادتين يوم أو أكثر فولادة الأولى تكون بيانا للطلاق في الأخرى ، فإذا ولدت الأخرى بعده لايتحول الطلاق الواقع عليها إلى غيرها ، وصار كما إذا وطئ إحداهما ثم الأخرى يقع الطلاق على الموطوءة آخرا كذا هنا ، وثبت نسب الولدين . أما ولد الأولى فظاهر ، وكذا ولد الثانية لاحتمال وطئها قبل علوق الأولى ، وتنقضي عدة المطلقة بوضع الحمل . ولو قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق ثلاثا فولدت ولدا ثم ولدا آخر لستة أشهر فصاعدا ثبت نسب الولد الثاني منه أيضا وتنقضي به العدة لأنا حكمنا بعلوق الولد الثاني حال وقوع الطلاق وحال وقوع الطلاق الزوجية قائمة ، وهذا لأنه يحتمل أنه وطئها قبل ولادة الولد الأول ولم يصل الماء إلى رحمها لانسداد فمه ، فإذا وضعت الحمل انفتح فم الرحم ووصل الماء إليه فعلق الولد الثاني قبل وقوع الثلاث ، لأن تلك الحال حال نزول الثلاث والشيء في نزوله غير نازل فيثبت النسب احتياطا فيتعلق انقضاء العدة بوضع الحمل ، ولايجب العقر لأنا جعلناه معلقا حال قيام النكاح ، والله أعلم من الكافي .

الفرق بينهما ثابت وهو أنه لايمكنه إبطال الإيلاء إلا بضرر يلزمه فلم يكن متمكنا مطلقا ، بخلاف مسئلة الوكالة . وقوله (في جميع الوجوه) يعني سواء كان الطلاق بسؤالها أو بغير سؤالها ، وسواء كان التعليق بفعلها أو بفعله ، وسواء كان الفعل مما لها منه بد أو لم يكن ، والباقي واضح والله أعلم .

(قوله إلا بضرر يلزمه) أقول : وهو وجوب الكفاره عليه .

(باب الرجعة)

(وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها فى عدتها رضيت بذلك أو لم ترض) لقوله تعالى ـ فأمسكوهن بمعروف ـ من غير فصل

(باب الرجعة)

وجه المناسبة فى إعقاب الطلاق بالرجعة ظاهر . والرجعة تتعدى ولا تتعدى . يقال رجع إلى أهله ورجعته إلى أهله : أى رددته ، وقال الله تعالى ـ فإن رجعك الله إلى طائفة منهم ـ ويقال فى مصدره أيضا رجعا ورجوعا ومرجعا والرجعى والرجعة بكسر الراء . وربما قالوا إلى الله رجعانك (قوله رجعية) الرجعى أتطليق المدخول بها مادون الثلاث بلا مال . أو مادون الثنتين إن كانت أمة بصريح الطلاق غير الموصوف والمشبه أو ببعض الكنايات المخصوصة على ماتقدم فى الكنايات . وأما تقييده بالألفاظ الثلاثة فلا لما قدمناه من كنايات رجعية غيرها فما فقد شيئا من هذه فليس برجعى كالثلاث وغالب الكنايات ولو بلا مال وكالواحدة على مال وقبل الدخول لأنها لاعدة لها قبله فلا تتصور الرجعة . والموصوف والمشبه مستدركان على ما فى النهاية وغيرها (قوله لقوله تعالى ـ فأمسكوهن بمعروف ـ) بعد قوله ـ إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ـ ثم قوله ـ فإذا بلغن أجلهن ـ) والمراد ببلوغ الأجل قرب انقضاء العدة : أى فقرب انقضاء عدتهن للإجماع على أن لارجعة بعد الانقضاء . فى الآية دليل على قيام النكاح لأن الإمساك استدامة القائم لا إعادة الزائل ، وعلى شرعية الرجعة شاءت أو أبت لأن الأمر مطلق فى التقديرين ، وقوله تعالى ـ وبعولتهن أحق بردهن ـ ظاهر فى عدم توقف الرجعة على رضاها لأنه تعالى جعله أحق مطلقا : أى هو الذى له حق الرجعة وإن أبت هى وأبوها ، وحكمته استدراك الزوج ماوقع منه من التفريط فى حقه من النكاح لا لغيره لا أنه له ولغيره وهو أحق منه ، وفى اشتراط العدة إذ لايكون بعدها بعلا ، وهو مما يدل على قيام النكاح أيضا ، وقدمنا فى باب إيقاع الطلاق أن إطلاق الرد لايوجب كون البعل مجازا باعتبار ماكان لأن الرد يصدق حقيقة بعد انعقاد سبب زوال الملك وإن لم يكن زال بعد . يقال رد البائع المبيع فى بيع فيه الخيار للبائع كما يقال بعد الزوال يجوز رد المبيع بالعيب . ولو تعارضا كان حمل الرد على ذلك على أنه مجاز محافظة على حقيقة البعل أولى من جعل البعل مجازا محافظة على حقيقة الرد لتأيد إرادة حقيقة البعل بجعل الرجعة إمساكا فى قوله تعالى ـ فأمسكوهن بمعروف ـ أو نقول : يمكن المحافظة على الحقيقتين بكون المراد بالرد

(باب الرجعة)

لما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعا أخرها وضعا ليناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح أفصح ، وهى عبارة عن استدامة ملك النكاح . ولها شرائط : إحداها تقديم صريح لفظ الطلاق أو بعض ألفاظ الكناية كما تقدم . والثانية أن لايكون بمقابلته مال . والثالثة أن لايستوفى الثلاثة من الطلاق . والرابعة أن تكون المرأة مدخولا بها . والخامسة أن تكون العدة قائمة ولا خلاف فى مشروعيتها لأحد لثبوتها بالكتاب والسنة والإجماع

(باب الرجعة)

(قوله ولها شرائط ، إلى آخر قوله : والخامسة أن تكون العدة قائمة) أقول : وجميع ذلك يفهم من كلام المصنف إلا شرط المدخولية .

ولابد من قيام العدة لأن الرجعة استدامة الملك ؛ ألا ترى أنه سمى إمساكا وهو الإبقاء وإنما يتحقق الاستدامة فى العدة لأنه لاملك بعد انقضائها (والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتى) وهذا صريح فى الرجعة ولا خلاف فيه بين الأئمة . قال (أو يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر إلى فرجها بشهوة) وهذا عندنا

الرد إلى الحالة الأولى وهى كونها بحيث لاتحرم بعد مضى العدة فلا إشكال حينئذ أصلا (قوله ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة) إمساك على الوجه الذى كان أولا وهو الملك على وجه لايزول بانقضاء العدة ولا ملك بعد العدة ليستدام ، وكأنه جواب عن مقدر تقديره كما وقع الإطلاق بالنسبة إلى رضاها وعدمه كذلك هو بالنسبة إلى قيام العدة وعدمها . أجاب بأن اشتراط قيامها ضرورى لما قلنا (قوله وهذا صريح) ألفاظ الرجعة صريح وكناية ، فالصريح راجعتك فى حال خطابها وراجعت امرأتى فى حال غيبتها وحضورها أيضا ، ومن الصريح ارتجعتك ورجعتك ورددتك وأمسكتك . وفى المحيط : مسكتك بمنزلة أمسكتك وهما لغتان ، فهذه يصير مراجعا بها بلا نية ، وفى بعض المواضع يشترط فى رددتك ذكر الصلة فيقول إلىّ أو إلى نكاحى أو إلى عصمتى ؛ ولا يشترط فى الارتجاع والمراجعة وهو حسن إذ مطلقه يستعمل لضد القبول . والكنايات أنت عندى كما كنت وأنت امرأتى فلا يصير مراجعا إلا بالنية . لأن حقيقته تصدق على إرادته باعتبار الميراث . واختلفوا فى الإمساك والنكاح والتزوّج ، فلو تزوّجها فى العدة لايكون رجعة عند أبى حنيفة ، وعند محمد هو رجعة ، وعن أبى يوسف روايتان . قال أبو جعفر : وبقول محمد نأخذ . وفى الينابيع عليه الفتوى ؛ وكذا فى القنية . وجه قول أبى حنيفة أن تزوج الزوجة ملغى فلا يعتبر ما فى ضمنه . قلنا نحن لانعتبره باعتبار مافى ضمنه بل باعتبار لفظ التزوّج مجازا فى معنى الإمساك . وفى الذخيرة : لو قال راجعتك بمهر ألف درهم إن قبلت صح وإلا فلا لأنها زيادة فى المهر فيشترط قبولها . وفى المرغينانى والحاوى قال : راجعتك على ألف ، قال أبو بكر : لاتجب الألف ولا تصير زيادة فى المهر كما فى الإقالة (قوله ولا خلاف فيه بين الأئمة) كأنه لم يعتبر أحد قولى مالك خلافا ، فإنه ذكر فى الجواهر فى حصول الرجعة براجعتك بلا نية قولان لمالك كما فى نكاح الهازل (قوله أو يقبلها أو يلمسها بشهوة)) يحتمل كون الشهوة قيدا فى اللمس لافيهما لأنه أفرد النظر إلى الفرج بقيد الشهوة ، فلو كان من غرضه التشريك فى القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل . وفى المبسوط والذخيرة : التقبيل بشهوة والنظر إلى داخل فرجها بشهوة رجعة ، ولم يقيد التقبيل فى الكتاب . وأما النظر إلى دبرها فليس برجعة على قياس قول أبى حنيفة . وفى البدائع وهو قول محمد المرجوع إليه ، وفى بعض المواضع يكره التقبيل واللمس بغير شهوة ، فدل أنهما لايكونان رجعة . وفى الخلاصة أجمعوا على أنه لو مكنها أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة تثبت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة ، لكن قولهم فى الاستدلال إن الفعل يصلح دليلا على الاستدامة والدلالة إنما تقوم بفعل يختص بالنكاح : أى يختص حكمه به يفيد عدم

(و) ألفاظ (الرجعة أن يقول راجعتك) إن كان فى حضرتها (أو راجعت امرأتى) فى الغيبة بشرط الإعلام أو فى الحضرة أيضا ، أو يقول رددتك أو أمسكتك ، أو يقول أنت عندى كما كنت ، أو أنت امرأتى إن نوى الرجعة ، ولا خلاف لأحد فى جواز الرجعة بالقول . وأما بالفعل مثل أن (يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر إلى فرجها بشهوة) فهى صحيحة (عندنا .

(قوله بشرط الإعلام) أقول : فيه أن الإعلام مستحب ليس بشرط كما سيجىء .

وقال الشافعى رحمة الله تعالى عليه : لاتصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها ، وعندنا هو استدامة النكاح على مابيناه وسنقرره إن شاء الله تعالى ،والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما فى إسقاط الخيار .

اشتراطها فى القبلة لأن القبلة مطلقا يختص حكمها به . بخلاف اللمس والنظر فإنهما لايختصان به إلا إذا كانا عن شهوة لما يذكر فلا يكونان عن غير شهوة دليلا ، ولا يكون النظر بشهوة إلى غير داخل الفرج منها رجعة . هذا ولا فرق بين كون القبلة واللمس والنظر منها أو منه فى كونه رجعة إذا كان ماصدر منها بعلمه ولم يمنعها اتفاقا . فإن كان اختلاسا منها بأن كان نائما مثلا لابتمكينه . أو فعلته وهو مكره أو معتوه ذكر شيخ الإسلام وشمس الأئمة أن على قول أبى حنيفة ومحمد تثبت الرجعة خلافا لأبى يوسف انتهى . وعن محمد كقول أبى يوسف . وذكر أن أبا يوسف مع أبى حنيفة . وجه الأول الاعتبار بالمصاهرة لافرق فى ثبوت حرمتها بين كون ذلك منها أو منه ، وكذا إذا أدخلت فرجه فى فرجها وهو نائم أو مجنون كانت رجعة اتفاقا . كالجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع إذا فعلت بالبائع ذلك فى مدة الخيار ينفسخ البيع . وأبو يوسف فرق بأن إسقاط الخيار قد يكون بفعلها كما إذا جنت على نفسها والرجعة لاتكون بفعلها قط . وعن أبى يوسف أيضا أنه قال فى الجارية لايسقط الخيار بفعلها ، هذا إذا صدقها الزوج فى الشهوة . فإذا أنكر لاتثبت الرجعة . وكذا إن مات فصدقها الورثة . ولا تقبل البينة على الشهوة لأنها غيب . كذا فى الخلاصة . ولا تكون الخلوة ولا المسافرة بها رجعة إلا عند زفر وأبى يوسف فى رواية . وتكره المسافرة بها ككراهة خروجها من المنزل . وعن أبى حنيفة لاتكره . ويأتى الكلام فى ذلك (قوله مع القدرة) احتراز عن الأخرس ومعتقل اللسان (قوله لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح الخ) الحاصل أن الخلاف هنا مبنى على أن الرجعة سبب استدامة الملك القائم أو سبب استحداث الحل الزائل . قلنا بالأول وقال بالثانى . وعلى هذا ينبنى حل الوطء وحرمته . فعندنا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه . وإنما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائما قبل انقضائها ، وعنده إنشاء النكاح من وجه واستيفاء من وجه فتثبت الحرمة احتياطا ، وعلى هذا ينبنى أن الإشهاد ليس بشرط عندنا وشرط عنده على قول له لأنه إنشاء النكاح من وجه كذا فى التحفة (قوله على ما بيناه) يعنى قوله ألا ترى أنه يسمى إمساكا (قوله وسنقرره) أى فى آخر هذا الباب وهو قوله ولنا أنها : أى الزوجية قائمة إلى آخره ، وهناك نتكلم عليه (قوله كما فى إسقاط الخيار) يحصل بالفعل المختص

وقال الشافعى : لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه . لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح) لثبوت الحل بها ، وابتداء النكاح لايصح بالوطء ودواعيه . فكان الوطء حراما كما فى ابتداء النكاح . وقلنا : هى عبارة عن استدامة النكاح كما بينا ، وهو إشارة إلى قوله : ألا ترى أنه سمى إمساكا وهو الإبقاء . وقوله (وسنقرره) إشارة إلى ماذكر فى آخر هذا الباب وهو قوله قلنا إنها قائمة حتى يملك مراجعتها الخ . وقوله (والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة) جزء الدليل . وقوله (كما فى إسقاط الخيار) دليله . وتقريره : الرجعة استدامة الملك . والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة كما فى إسقاط الخيار ، فإن من باع جارية على أنه

(قوله وقال الشافعى رحمه الله : لاتصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لايصح بالوطء ودواعيه الخ) أقول : لايخفى عليك مافى هذا التقرير (قوله والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة) أقول : ظاهره استنتاج من

والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الأفاعيل تختص به خصوصا فى الحرة ، بخلاف النظر والمس بغير شهوة لأنه قد يحل بدون النكاح كما فى القابلة والطبيب وغيرهما ، والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها فى العدة ، فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها . قال (ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين ،

بالملك كمن باع أمته على أنه بالخيار ثم وطئها قبل انقضاء مدته يكون دليلا على استدامة ملكه فيها فيسقط خياره ، فكما أن سقوط الخيار باستدامة ملك الرقبة يثبت بالفعل كذلك استدامة ملك النكاح بعد سبب الزوال بل أولى ، لأن البيع معه يزيل الملك إلى ثلاثة أيام ، والطلاق يزيله إلى ثلاث حيض فكان أضعف فى زوال الملك من البيع . وبقولنا قال كثير من الفقهاء . قال ابن المنذر : الجماع رجعة عند ابن المسيب والحسن البصرى وابن سيرين وطاوس وعطاء والزهرى والأوزاعى والثورى وابن أبى ليلى وجابر والشعبى وسليمان التيمى . وقال مالك وإسحاق : إن أراد به الرجعة فهو رجعة (قوله خصوصا فى الحرة) فإنه لا سبب لحلها فيها مطلقا إلا النكاح . بخلاف الأمة فإنه يحل فيها بأمرين (قوله وغيرهما) كالخاتنة والشاهد على الزنا (قوله فلو كان) أى النظر إلى غير الفرج رجعة لطلقها لأن مقصوده الطلاق ، وهذا التعميم يفيد أن النظر إلى دبرها لا يكون رجعة وبه صرح فى نكاح الزيادات . واختلفوا فى الوطء فى الدبر ، أشار القدورى إلى أنه ليس برجعة ، والفتوى على أنه رجعة إذ هو مس بشهوة وزيادة لا ترفع الرجعة بعد ثبوتها ، ورجعة المجنون بالفعل ولا تصح بالقول . وقيل بالعكس . وقيل بهما . ولو طلقها بعد الخلوة ثم قال وطئتها وأنكرت له الرجعة . ولو قال لم أدخل بها لا رجعة له عليها . وتعليق الرجعة بالشرط وإضافتها إلى وقت فى المستقبل باطل كالنكاح ، والمستحب أنه يراجع بالقول . وفى الينابيع : الرجعة سنية وبدعية .

بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها سقط الخيار ، كما إذا أسقط بالقول ، بل هنا أولى لأنه فى البيع يحتاج إلى رفع السبب المزيل وهو البيع ، أما ههنا فلا يحتاج إلى رفع الطلاق بل يحتاج إلى دفع ما لولاه لزال والدفع أسهل من الرفع . ولما كان الثابت بالدليل أن بعض الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج إلى أن يعينه فقال (والدلالة) أى الدليل (فعل يختص بالنكاح ، وهذه الأفاعيل تختص بالنكاح) فتقع دلالة . وقوله (خصوصا فى الحرة) لبيان أن حل الاستمتاع بها ليس إلا بالنكاح ، وأما فى الأمة فيحل به وبملك اليمين أيضا (بخلاف النظر والمس بغير شهوة لأنه قد يحل بدون النكاح كما فى القابلة والطبيب) والخاتنة ، والشاهد فى الزنا إذا احتاج إلى تحمل الشهادة . (والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها فى العدة ، فلو كان النظر إليها رجعة لطلقها فتطول العدة عليها) وفيه ضرر بها فلا يجوز لقوله تعالى ـ فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ـ قال (ويستحب أن يشهد على الرجعة) إذا أراد الرجعة يستحب أن يقول لاثنين

الشكل الثانى مع توافق المقدمتين فى الكيف ، لكن لك أن تقرره على هذه الصورة : الرجعة استدامة الملك ، وكل ما هو كذلك فالفعل يقع دليلا عليه (قوله فلا يحتاج إلى رفع الطلاق الخ) أقول : بل هو باق حكما ولهذا يملكها بعده بالطلقتين إذا لم تتزوج بآخر (قوله بل يحتاج إلى دفع ما) أقول : وهو انقضاء العدة على تلك الحال (قوله لولاه) أقول : أى لولا دفعه (قوله لزال) أقول : يعنى النكاح (قوله وهذه الأفاعيل تختص به الخ) أقول : استنتاج من الشكل الثانى مع توافق المقدمتين فى الكيف .

فإن لم يشهد صحت الرجعة) وقال الشافعي رحمه الله فى أحد قوليه لاتصح ، وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى - وأشهدوا ذوى عدل منكم - والأمر للإيجاب . ولنا إطلاق النصوص عن قيد الإشهاد ، ولأنه استدامة للنكاح ، والشهادة ليست شرطا فيه فى حالة البقاء كما فى الفيء فى الإيلاء ، إلا أنها تستحب لزيادة الاحتياط كي لايجرى التناكر فيها . وما تلاه محمول عليه ؛ ألا ترى أنه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب

فالسنية بالقول (قوله وهو قول مالك) المذكور فى كتبهم أنها تصح بلا إشهاد وأنه مندوب إليه ، وكذا فى شرح الطحاوى كقولنا فكان ماذكره المصنف رواية عنه ، وكذا المنسوب إلى الشافعي قول له غير معمول به عند أصحابه فإنه قال فى البسيط وفى الجديد للشافعي : الإشهاد مستحب ، وفى الروضة لهم ليس بشرط على الأظهر (قوله ولنا إطلاق النصوص فى الرجعة من غير شرط الإشهاد) كقوله تعالى - الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان - وقوله - فأمسكوهن بمعروف - وقوله تعالى - وبعولتهن أحق بردهن - وقوله - فلا جناح عليهما أن يتراجعا - وقوله صلى الله عليه وسلم « مر ابنك فليراجعها » وهذه النصوص ساكتة عن قيد الإشهاد فاشتراطه إثبات بلا دليل وماتلى فليس بدليل عليه إذ الأمر فيه للندب بدليل أنه قرن الرجعة بالمفارقة فى قوله تعالى - فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ثم أمر بالإشهاد على كل منهما فقد أمر بشيئين فى جملتين ثم أمر بالإشهاد على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله - وأشهدوا ذوى عدل منكم - واللفظ الواحد لايراد به معناه الحقيقى كالوجوب فيما نحن فيه والمجازى كالندب ، فإذا ثبت إرادة أحدهما بالنسبة إلى أحدهما لزم أن يراد به ذلك أيضا بالنسبة إلى الآخر وإلا لزم تعميم اللفظ فى الحقيقى والمجازى وهو ممنوع عندنا وقد ثبت إرادة الندب به بالنسبة إلى المفارقة فلزم إرادته أيضا بالنسبة إلى المراجعة ، فيكون الندب المراد به شاملا لهما وهذا على قولنا . أما الشافعي فيجيز الجمع بينهما فلا ينتهض هذا عليه إلا بانتهاض الأصل المذكور، وقد بيناه على وجه بديع فيما كتبناه فى الأصول، ومع هذا التقرير لا حاجة

اشهدا على بأنى قد راجعت امرأتى (وإن لم يشهد صحت الرجعة . وقال الشافعي فى أحد قوليه : لاتصح ، وهو قول مالك) وهو غريب لأنه لايوجب الإشهاد على ابتداء النكاح ويجعله شرطا على الرجعة (لهما قوله تعالى - فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم - والأمر للإيجاب . ولنا إطلاق النصوص فى الرجعة عن قيد الإشهاد) وهو قوله تعالى - فأمسكوهن بمعروف - وقوله تعالى - الطلاق مرتان فإمساك بمعروف - وقوله تعالى - وبعولتهن أحق بردهن - وقوله تعالى - فلا جناح عليهما أن يتراجعا - وقوله عليه الصلاة والسلام « مر ابنك فليراجعها » وقوله (ولأنه) أى الرجعة بمعنى الرجوع أو على تأويل المذكور (استدامة للنكاح) كما تقدم ، والاستدامة إنما هى حالة البقاء (والشهادة ليست بشرط فى النكاح حال البقاء) بالاتفاق فكانت (كالفيء فى الإيلاء) فى أن الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة البقاء (إلا أنها) أى الشهادة (مستحبة لزيادة الاحتياط كي لايجرى التناكر فيها) أى فى الرجعة (وما تلاه) يعنى من قوله تعالى - وأشهدوا ذوى عدل منكم - (محمول عليه) أى على الاستحباب دفعا للتناكر ، فكان الأمر للإرشاد إلى ماهو الأوفق به كما فى قوله تعالى - وأشهدوا إذا تبايعتم - بدليل أنه قرنها بالمفارقة حيث قال - أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا - (وهو) أى الإشهاد (فيها) أى فى المفارقة (مستحب) فكذا فى الرجعة . واعترض بأن القران فى النظم لايوجب القران فى الحكم كما فى قوله تعالى - وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة . وأجيب بأن ذلك فيما إذا حكم على إحدى الجملتين المتقارنتين بحكم الجملة الأخرى ، وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها ، وإنما تعقبهما جملة أخرى تعلقت بهما وإحداهما تقتضى تعلقها بها من حيث الاستحباب ، فكذلك الأخرى لئلا يلزم

ويستحب أن يعلمها كي لاتقع فى المعصية (وإذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها فى العدة فصدقته فهى رجعة ، وإن كذبته فالقول قولها) لأنه أخبر عما لايملك إنشاءه فى الحال فكان متهما إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة ، ولا يمين عليها عند أبى حنيفة رحمه الله ، وهى مسئلة الاستحلاف فى الأشياء الستة وقد مر فى كتاب النكاح (وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى لم تصح الرجعة عند أبى حنيفة رحمه الله) وقالا : تصح الرجعة لأنها صادفت العدة إذ هى باقية ظاهرا إلى أن تخبر وقد سبقته الرجعة ، ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى يقع الطلاق ولأبى حنيفة رحمه الله أنها صادفت حالة

إلى إيراد أن القران فى النظم لايوجب القران فى الحكم فكيف قلتم به هنا والاشتغال بجوابه للمتأمل أصلا ؟ (قوله كى لاتقع فى المعصية) قيل عليه لامعصية بدون علمها بالرجعة . ودفع بأنها إذا تزوجت بغير سؤال تقع فى المعصية لتقصيرها فى الأمر . واستشكل من حيث إن هذا إيجاب للسؤال عليها وإثبات المعصية بالعمل بما ظهر عندها ، وليس السؤال إلا لدفع ماهو متوهم الوجود بعد تحقق عدمه فهو وزان إعلامه إياها إذ هو أيضا لمثل ذلك ، فإذا كان مستحبا لأنه تصرف فى خالص حقه فكذا سؤالها يكون مستحبا لأنها فى النكاح كذلك . ولو راجعها ولم تعلم فتزوجت بآخر فهى امرأة الأول دخل بها الأول ١ أو لا (قوله وإذا انقضت العدة الخ) هنا مسئلتان : الأولى إذا لم يظهر رجعتها فى العدة حتى انقضت فقال بعد العلم بانقضائها كنت راجعتك فيها . والثانية قال قبل العلم راجعتك على سبيل الإنشاء . أما الأولى فإما أن تكون المرأة أمة أوحرة ، وكل منهما إما أن تصدقه أو تكذبه ،

استعمال اللفظ الواحد فى معنيين مختلفين (ويستحب أن يعلمها) بالرجعة ، لأنه لو لم يعلمها لربما تقع المرأة فى المعصية فإنها قد تتزوج بناء على زعمها أن زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويطأها الزوج الثانى فكانت عاصية وزوجها الذى أوقعها فيه مسيئا بترك الإعلام ، ولكن مع ذلك لو لم يعلمها صحت الرجعة لأنها استدامة للقائم وليست بإنشاء ، فكان الزوج بالرجعة متصرفا فى خالص حقه ، وتصرف الإنسان فى خالص حقه لايتوقف على علم الغير . فإن قيل : كيف تكون عاصية بغير علم ؟ أجيب بأنها إذا تزوجت بغير سؤال وقعت فى المعصية لأن التقصير جاء من جهتها (وإذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتها فى العدة ، فإن صدقته فهى رجعة ، وإن كذبته فالقول قولها لأنه أخبر عما لايملك إنشاءه فى الحال) وكل من فعل كذلك فهو متهم ، وذلك يقتضى أن لاتصح الرجعة وإن صدقته أيضا (إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة ، ولا يمين عليها عند أبى حنيفة وهى مسئلة الاستحلاف فى الأشياء الستة ، وقد مر فى كتاب النكاح . وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى) فأما إن قالت ذلك متصلا بكلام الزوج أو بعد مكث فإن كان الثانى تصح الرجعة بالاتفاق وإن كان الأول لم تصح عند أبى حنيفة خلافا لهما . قالا : الرجعة صادفت العدة لبقائها ظاهرا إلى أن تخبر ، وقد سبقت الرجعة فكانت واقعة فى العدة وهى صحيحة لامحالة (ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى وقع الطلاق ولأبى حنيفة أنها صادفت حالة

(قوله فكانت عاصية زوجها أوقعها فيه مسيئا الخ) أقول : من قبيل حذف الموصول (قال المصنف : وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى لم تصح الرجعة عند أبى حنيفة رحمه الله) أقول : قال الزيلعى وابن الهمام : تستحلف المرأة هنا بالإجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخبارها اه . فيه بحث لأن الرجعة صحت عندهما فعلام تستحلف المرأة ؟ وجوابه أن المراد أنهما لوقالا كما قال

---

(١) صوابه الثانى إذ لا رجعة مع عدم دخوله ، قاله العلامة البحراوى ، كتبه مصححه .

الانقضاء لأنها أمينة فى الإخبار عن الانقضاء فإذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف، ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة لاتثبت به

ففى الحرة إن صدقته تثبت الرجعة لأن النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى ، وإن كذبته لاتثبت لأنه أخبر والخبر مجرد دعوى تملك بضعها بعد ظهور انقطاع ملكه ، ومجرد دعوى ملك فى وقت لايملك إنشاءه فيه لايجوز قبولها مع إنكار المدعى عليه إلا ببينة ، بخلاف ما إذا كان ذلك فى وقت يمكنه فيه إنشاؤه كأن يقول فى العدة كنت راجعتك أمس تثبت وإن كذبته لأنه ليس متهما فيه لتمكنه من أن ينشئه فى الحال أو يجعل ذلك إنشاء إن كانت الصيغة تحتمله ، فصار كالوكيل إذا أخبر قبل العزل ببيع العين يصدق لملكه الإنشاء ، وبعد مابلغه العزل لو أخبر ببيعه سابقا وكذبه المالك لايقبل قوله إلا ببينة لأنه متهم حيث لم يخبر قبل ذلك . ثم لاتحلف المرأة إذا كذبته بل تذهب إلى حالها بلا يمين عند أبى حنيفة . وهى إحدى الأشياء الستة التى لايمين فيها عنده وفى الأمة إذا كذبته وصدقه المولى فالقول لها عند أبى حنيفة خلافا لهما . وإن صدقته وكذبه المولى فعندهما القول للمولى . واختلف فى قول أبى حنيفة ، والصحيح أنه كقولهما . وستأتى أوجه الأقوال فى الكتاب فإنه فصل بين قوله للحرة وبين قوله للأمة بالمسئلة الثانية ،وهى إذا قال قبل الانقضاء فلنوافقه فنقول : وأما المسئلة الثانية . فإن قالت مجيبة انقضت عدتى مفصولا تثبت الرجعة اتفاقا لأنها متهمة فى ذلك بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور . ولو قيل وجب إحالته على أقرب حال التكلم وذلك حال سكوتها فيضاف إليه وهو بعد ثبوت الرجعة أمكن ، وإن قالته موصولا بكلامه لاتثبت عند أبى حنيفة . ولايخفى أن هذا مقيد بما إذا كانت المدة تحتمل الانقضاء ، فلو لم تحتمله تثبت الرجعة إلا إذا ادعت أنها ولدت وثبت ذلك . وعندهما تصح الرجعة لأنه أنشأها حال قيام العدة ظاهرا لبقائها ظاهرا مالم تقر بانقضائها فتثبت كما يثبت الطلاق لو قال طلقتك فقالت مجيبة انقضت عدتى لحقها طلقة أخرى ، وأبو حنيفة يمنع قيامها حال كلامه لأنها أمينة فى الإخبار شرعا فوجب قبول إخبارها وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة فلا تصح ، كما لايقع الطلاق فى قوله طالق مع انقضاء عدتك ، وعلى هذا لو اتفق أن خرج كلام الرجل مع قولها انقضت عدتى ينبغى أن لاتثبت الرجعة ، ومسئلة الطلاق المقيس لهما عليها ممنوعة فلا يقع عنده . قيل والأصح أنه يقع لأنه مؤاخذ به لإقراره بالوقوع فى حق نفسه . ولا يخفى أن هذا إنشاء وليس بإخبار ليكون إقرارا ، فإذا ظهر أنه أنشأ فى وقت لايصح ينبغى أن لايقع . نعم لو عرف أن

الانقضاء لأنها أمينة فى الإخبار عن الانقضاء) إذ لايعلم ذلك إلا بإخبارها وقد أخبرت بذلك ، والإخبار يقتضى سبق المخبر عنه ولا دليل على مقدار معين (وأقرب أحواله حال قول الزوج) فإذا صادفت حالة الانقضاء لاتكون معتبرة . ولانسلم أن مسئلة الطلاق على الوفاق بل على الخلاف ، ولئن كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره

أبو حنيفة رحمه الله من عدم صحة الرجعة ، ونظير ذلك فى المزارعة فراجعها (قوله والإخبار يقتضى سبق المخبر عنه الخ) أقول : الظاهر سبق المخبر به وإلا فالمخبر عنه هو العدة وليس سبقه من المقصود فى شىء ، ويجوز أن يقال قولها انقضت عدتى فى تأويل حصل الانقضاء ، أو يقال المراد سبق المخبر عنه متصفا بالمخبر به .

(وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها : قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : القول قول المولى) لأن بضعها مملوك له ، فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الإقرار عليها بالنكاح ، وهو يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة والقول في العدة قولها ، فكذا فيما يبتنى عليها ، ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى ،

مقتضى الفقه كون إيقاعه وجد في حال الانقضاء فلج وقال لا أعتبر هذا بل وقع لزمه حينئذ لأنه مقر على نفسه والأوجه فيما إذا ادعى صحيته إن طلقتك ونحوه من أنت طالق ظاهر في الإخبار والإنشاء يحتمله لتقدم الطلاق الأول وراجعتك بالعكس . فإن لم يسلم هذا فالتعويل على المنع ، وتستحلف المرأة هنا بالإجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخبارها . والفرق لأبي حنيفة بين هذه وبين الرجعة حيث لم تستحلف عنده أنه لم يراجعها في العدة أن إلزام اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع عن التزوج والاحتباس في منزل الزوج جائز ، بخلاف الرجعة وغيرها من الأشياء الستة فإن بذلها لا يجوز ، ثم إذا نكلت هنا تثبت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة كثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة (قوله وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول لها عنده ، وقالا : للمولى لأنه أقر بما هو خالص حقه) وهو منافع بضعها للزوج فيقبل كما لو أقر عليها بالنكاح . ولا يخفى قيام الفرق بين إقراره عليها بالنكاح وإقراره بأن الزوج راجعها في العدة لأنه ينفرد بإنكاحها حال غيبتها وعدم إذنها فيقبل إقراره عليها ، بخلاف إقراره بتصديق الزوج في دعوى المراجعة وهو يقول إن حكم الرجعة من الصحة وعدمها ينبني على العدة من قيامها وانقضائها وهي أمينة فيها مصدقة في الإخبار بالانقضاء والبقاء لا قول للمولى فيها أصلا ، فكذا فيما ينبني عليها ، وفيه نظر إذ لا ملازمة يحكم بها العقل بين كون القول قولها في العدة وبين كونها لها فيما ينبني عليها إلا إذا وقع لازما لوجود قولها في العدة قولا : أي بأن تدعى فيها الثبوت أو الانقضاء فتثبت الرجعة وعدمها لازما لذلك ، لأن كون القول قولها فيها ما ثبت إلا لأجل أن القول لها في المستلزم لا لمعنى تقتضيه فيها ، وهذا لا يقتضي سماع قولها في الرجعة ابتداء كما هو هنا فإنها لم تدع في العدة دعوى يخالفها فيها الزوج بل اتفقا على انقضائها ووقت انقضائها ، وإنما ادعى في حال كونه لا ملك له عليها أنه راجعها قبل الانقضاء ، وهي منكرة أن يكون فعل ذلك فلا يقبل عليها (قوله ولو كان على القلب) بأن كذبه المولى وصدقته فالقول للمولى بالاتفاق .

بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به (وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها) وهي في العدة ؛ فإما أن يصدقه المولى والأمة أو يكذباه ، أو يصدقه المولى وتكذبه الأمة أو بالعكس ، فإن كان الأول صحت الرجعة بالاتفاق ، وإن كان الثاني لم تصح بالاتفاق إلا إذا برهن ، وإن كان الثالث وليس له بينة (فالقول قولها عند أبي حنيفة ، وقالا : القول قول المولى لأن البضع مملوك) له بعد انقضاء العدة ، معناه منافع البضع ؛ فكان الإقرار بها للزوج إقرارا بما هو خالص حقه فلا مرد له ، وكان كالإقرار عليها بالنكاح ، بأن يقر بأنه زوج أمته من فلان (وهو) أي أبو حنيفة (يقول حكم الرجعة يبتنى على بقاء العدة) وانقضائها ، وكل ما يبتنى على ذلك يبتنى على قول من يقول القول قوله في ذلك لكونه أمينا (والقول في العدة قولها) فحكم الرجعة يبتنى على قولها ، ولم يذكر الجواب عن الإقرار بالتزويج لظهوره ، وذلك لأنه لما صدقه في الرجعة لم يبق له حق في منافع بضعها ، فأنى يكون له إقرار بما هو خالص حقه ، بخلاف الإقرار بالتزويج فإنه إقرار بذلك وكان الفرق بينا وإن كان الرابع ، وعبر عنه المصنف بقوله (ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى) لأن منافع البضع خالص حقه والزوج يدعيها عليه

وكذا عنده فى الصحيح لأنها منقضية العدة فى الحال ، وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها فى إبطاله ، بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق فى الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة (وإن قالت قد انقضت عدتى وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها) لأنها أمينة فى ذلك إذ هى العالمة به (وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل ، وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل أو يمضى عليها وقت صلاة كامل) لأن الحيض لامزيد له على العشرة ، فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة ، وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضى وقت الصلاة ، بخلاف ما إذا كانت كتابية لأنه لايتوقع فى حقها أمارة زائدة فاكتفى بالانقطاع ، وتنقطع إذا تيممت وصلت عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله : إذا تيممت انقطعت ، وهذا قياس لأن التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة

وقوله فى الصحيح احتراز عما فى الينابيع أنه على الخلاف أيضا . وقال بعض أصحابنا : لايقضى بشىء حتى يتفق المولى والأمة ، ويجب أن يكون معنى هذا لايحكم بصحة الرجعة إلا إذا اتفقا . إذ يستحيل أن لايقضى بالرجعة ولابعدمها . وفى المبسوط : لاتثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل فى الصحيح . ووجه الفرق لأبى حنيفة أنها منقضية العدة فى الحال ، ويستلزم ظهور ملك المولى المتعة فلا يقبل قولها فى إبطاله . بخلاف الوجه الأول وهو ما إذا كذبته وصدقه المولى لأنه بالتصديق مقرّ بقيام العدة عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة ليقبل قوله عليها (قوله وإن قالت قد انقضت عدتى وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لأنها أمينة فى ذلك إذ هى العالمة به) دون غيرها : أى بالانقضاء ولذا يقبل قولها إنى حائض حتى لا يحل قربانها للزوج ولا للسيد . ولو قالت ولدت : يعنى قد انقضت عدتى بالولادة لايقبل قولها إلا ببينة ، أو قالت أسقطت سقطا مستبين بعض الخلق فللزوج أن يطلب يمينها على أنها أسقطت بهذه الصفة بالاتفاق ، ولا فرق فى هذا بين الحرة والأمة (قوله أو يمضى عليها وقت صلاة) أى بأن يخرج وقتها الذى طهرت فيه فتصير دينا فى ذمتها ، فإن كان الطهر فى آخر الوقت فهو ذلك الزمن اليسير . وإن كان فى أوله لم يثبت هذا حتى يخرج لأن الصلاة لاتصير دينا إلا بذلك . وعلى هذا لو طهرت فى وقت مهمل كبعد الشروق لاتنقطع الرجعة إلى دخول وقت العصر (قوله بخلاف ما إذا كانت كتابية) فإنه لايتوقع فى حقها أمارة على الخروج من الحيض زائدة على مجرد الانقطاع لأن الغسل والصلاة ليسا واجبين عليها . فبمجرد الانقطاع وإن كان لما دون العشرة حل وطؤها وانقطعت رجعتها (قوله وتنقطع إذا تيممت وصلت) أى فرضا أو نفلا

وهى منكرة (وكذا عنده فى الصحيح لأنها منقضية العدة فى الحال) بالاتفاق ، وبالانقضاء يظهر ملك المتعة للمولى وهى تبطله فلا يقبل قولها فيه ، بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق فى الرجعة مقر بقيام العدة عندها . أى عند الرجعة ، ولا يظهر ملكه مع العدة فى هذا الكلام إشارة إلى الجواب عن مسئلة التزويج كما أشرنا إليه . قوله (وإن قالت قد انقضت عدتى) ظاهر والضمير فيه راجع إلى الانقضاء . قال (وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة) كلامه واضح . وقوله (بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضى وقت الصلاة) يعنى أن الوقت إذا مضى صارت الصلاة دينا فى ذمتها وهو من أحكام الطاهرات . وقوله (وإذا تيممت وصلت) أطلق الصلاة لتناول المكتوبة وغيرها

حتى يثبت به من الأحكام مايثبت بالاغتسال فكان بمنزلته . ولهما أنه ملوث غير مطهر . وإنما اعتبر طهارة ضرورة أن لاتتضاعف الواجبات . وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لافيما قبلها من الأوقات .

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى (قوله حتى يثبت به من الأحكام) برفع يثبت لأن حتى هنا ليست للغاية بل للتعليل . والمراد بالأحكام جواز الصلاة والتلاوة ودخول المسجد ومس المصحف : وهذه أحكام الغسل فكان التيمم مثله . ثم انقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط . ولذا لو اغتسلت وبقيت لمعة انقطعت . وكذا لو اغتسلت بسؤر الحمار مع وجود الماء المطلق ولم تتيمم تنقطع الرجعة مع عدم جواز الصلاة به فانقطاعها بالتيمم وبه تجوز الصلاة أولى . ولا يشكل عليه أنه لايحل لها التزوج بآخر بالاتفاق لأن التيمم وإن قام مقام الغسل هو أضعف منه . والاحتياط فى التزوج عدم جوازه معه وفى الرجعة انقطاعها معه حتى لايأتيها رجل فى شبهة (قوله ولهما أنه ملوث غير مطهر) أى حقيقة لا شرعا كذا فى الدراية . ولنفصل هذا المقام ليندفع مايخال من المناقضة للأوهام مستعينا فيه بالملك العلام مصليا على سيدنا نبينا محمد أفضل الرسل الكرام عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام فنقول : هذا البحث له ثلاثة موارد فى الفقه : أولها باب التيمم فى البحث مع الشافعى فى جواز الفرائض المتعددة بتيمم واحد عندنا خلافا له . وهو مبنى أن التيمم طهارة مطلقة أولا . فقال إنها ضرورية تثبت ضرورة أداء المكتوبة به فيتقدر بقدرها فلا يبقى بعدها . فاتفق أئمتنا فى جوابه على أنها مطلقة تعمل عمل الماء مابقى شرطه . وصرح فى النهاية فى تقريره بأن التيمم مزيل للحدث من كل وجه ما بقى شرطه وهو العدم كالماء ، إلا أنه بالماء مقدر إلى وجود الحدث ، وهنا إلى شيئين الحدث والماء . ثانيها باب الإمامة فى مسئلة اقتداء المتوضئ بالمتيمم فافترقوا فيها ، فقال محمد : هى ضرورية فلايجوز اقتداء المتوضئ به ، وقالا : مطلقة فيجوز . وثالثها هنا فافترقوا أيضا إلا أنهم عكسوا كلمتهم ، فتراءى لمحمد وجهان من المناقضة : أحدهما قوله فى الإمامة ضرورية بعد ما اتفقوا عليه فى جواب الشافعى من أنها مطلقة . والثانى أن بعد ماقال فى الإمامة إنها ضرورية قال هنا مطلقة. ولهما وجه من المناقضة وهو قولهما هناك مطلقة وهنا ضرورية ملوثة . وكثير من الشارحين يأخذ فى تقرير قولهما أنه لايزيل الحدث بيقين ، ولهذا عند رؤية الماء إنما يصير حدثا بالحدث السابق فقد ناقضوا جميعا . والجواب أنه لاشك أن فى التيمم جهة الإطلاق وجهة الضرورة . وفيه أيضا أنه ملوث فى نفسه مغبر لايطهر : أى لاينظف ، فمعنى الإطلاق أنه يزيل الحدث مطلقا كالماء إلى غاية أحد الأمرين من وجود الحدث أو الماء . ومعنى الضرورة أن شرعيته ضرورة أداء المكتوبات وعدم تفويتها وتكثير للخيرات عند عدم الماء إكراما لهذا النبى الكريم صلى الله عليه وسلم وأمته ، ولذا كان من الخصائص . وهذا لايفيد الإخلال بمعنى الإطلاق إذ حاصله أنه بيان سبب شرعيته . ولما شرع للضرورة والحاجة التى ذكرنا شرع كما شرع استعمال الماء وإنما يفيد ضعفه وانحطاطه عن التطهير بالماء ، وأما كونه ملوثا ومغبرا فهو بسبب عدم شرعيته ابتداء كالماء حتى يكون المكلف مخيرا بين الماء والتراب ابتداء ، فإنه لما كان المقصود من شرعية الوضوء تحسين الأعضاء الظاهرة وتنظيفها للقيام بين يدى الرب جل وعلا والتراب لايفيد ذلك بل ضده لم يشرع إلا للضرورة المتحققة من الحاجة إلى الأداء مع عدم الماء تكريما لنبينا محمد صلى الله عليه وسلم ، فذكر التلويث وعدم تطهيره فى نفسه ذكر سبب كونه مشروعا للحاجة المذكورة . إذا علمت هذا فقولهم مع الشافعى إنها مطلقة : أى تزيل الحدث ، ويستباح به كل ما يستباح بالماء على

وقوله (حتى يثبت به من الأحكام) يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن وإباحة الصلاة

والأحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية . ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما ،

الوجه الذى يستباح به لينتفى به قصر الصحة به على فرض واحد لاينافى قولهم إنها ضرورية على ماسمعت ، فمن قال إنها مطلقة فى موضع وقال فى آخر إنها ضرورية لم يكن مناقضا أصلا . وقول من ذكر فى تقريره إنه لايرفع بيقين حاصله أنه فرّق بينه وبين الماء فإن الماء يرفعه بيقين ، وهذا يرفعه ظنا للخلاف فى أن الحدث أمر حقيقى أو مجرد مانعية ، فعلى الأول لايرفعه إلا الماء وحين قيل به صار محل اجتهاد ، غير أن الراجح هو الظن . والثانى لما قدمنا فى باب التيمم من الحديث والمعنى ، وهو أنه لم يقدر أحد على إثبات أن الحدث وصف حقيقى قائم بالأعضاء زائد على نفس المانعية الشرعية ، وعلى هذا فلا إشكال فى ارتفاعه بالتيمم ، وكون الحدث يظهر بعينه عند روية الماء لايستلزم عدمه ، إذ قدمنا أن الحدث اعتبار شرعى فله أن يقطع ذلك الاعتبار إلى غاية ثم يعيده بعينه عند روية الماء ، والدليل الملجئ إلى هذا كون روية الماء لايعقل وجه كونها نفسها حدثا ثم النظر فى وجه تعيين كل منهم إحدى الجهتين بخصوص ذلك الموضع الذى عينه فيه ، فأما وجه تخصيص محمد فهو أنه رأى وجوب الاحتياط فى الموضعين . فالاحتياط فى اقتداء المتوضئ بالمتيمم أن لايصح ، ولا يعلل هذا إلا بجهة الضرورة فاعتبرها فيقول : لما كانت ضرورية حيث كانت تنتقض بوجود الماء ولا تثبت إلا مع عدمه كانت ضعيفة بالنسبة إلى طهارة الماء فيكون الاقتداء والحالة هذه بناء القوى على الضعيف . وفى الرجعة الاحتياط فى انقطاعها ولا يعلل إلا بجهة الإطلاق فاعتبرها هنا . وهما لما عكسا الحكم فى الموضعين لم يكن من عكس المبنى فيهما بد ، والباقى بعد هذا إنما هو النظر فى الترجيح فى الخلافين فى الحكم . وعندى أن قولهما فى الاقتداء أحسن من قول محمد ، وقول محمد فى الرجعة أحسن من قولهما لأن الضعف الكائن فى طهارة التيمم لم يظهر قط له أثر فى شىء من الأحكام عندنا ، فعلمنا أنه شىء له فى نفسه فيجوز اقتداء المتوضئ به وتنقطع به الرجعة خصوصا والاحتياط فى ذلك واجب . هذا ولقائل أن يقول : إن اشتراط الغسل بعد الانقطاع لتمام العادة قبل العشرة يرده الدليل وهو قوله تعالى ـ ثلاثة قروء ـ لخلوه عن اشتراطه ، فاشتراطه لانقضاء العدة يرده النص . فإن أجيب بأن تعين الانقضاء منتف لفرض أنه ليس أكثر الحيض واحتمال عود الدم دفع بأن هذا الاعتبار الزائد لايجدى قطع هذا الاحتمال لافى الواقع ولا شرعا ، لأنها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له الرجعة بعد أن قلنا انقطعت الرجعة فكان الحال موقوفا على عدم العود بعد الغسل كما هو كذلك قبله . ولو راجعها بعد هذا الغسل الذى قلنا إنه به تنقطع الرجعة ثم عاودها ولم يجاوز العشرة صحت رجعته ، وكذا الكلام فى التيمم فليس جواب المسئلة فى الحقيقة إلا مقيدا ، هكذا إذا انقطع لأقل من عشرة ولم يعاودها أو عاودها وتجاوزها ظهر انقطاع الرجعة من وقت الانقطاع لانقضاء العدة إذ ذاك حتى لو كانت تزوجت قبل الغسل ظهر صحته . وإن عاودها ولم يتجاوز فالأحكام المذكورة بالعكس . والله أعلم (قوله والأحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية) إذ حل دخول المسجد والقراءة من ضرورة حل الصلاة ومقتضاه ،

وسجدة التلاوة . وقوله (والأحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية) يعنى أن ثبوت هذه الأحكام من ضرورة جواز الصلاة بالتيمم ، أما قراءة القرآن فلأنها ركن الصلاة . وأما المسجد فلأنه مكان الصلاة . وأما سجدة التلاوة فهى من توابع القراءة فإنه يجوز أن تقرأ فى صلاتها آية السجدة . ولقائل أن يقول : الحاصل من دليلهما أن التيمم طهارة ضرورية وأن الضرورة إنما تتحقق حال أداء الصلاة ولا يكون قبله طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة . وقد تقرر من الأصول أن الثابت بالضرورة لايتعدى موضعها فكان الواجب أن لاتنقطع الرجعة وإن صلت ما لم تغتسل

وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة (وإذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء ، فإن كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة ، وإن كان أقل من عضو انقطعت) قال رضى الله تعالى عنه: وهذا استحسان . والقياس فى العضو الكامل أن لاتبقى الرجعة لأنها غسلت الأكثر. والقياس فيما دون العضو أن تبقى لأن حكم الجنابة والحيض لايتجزأ. ووجه الاستحسان وهو الفرق أن مادون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه ، فقلنا بأنه تنقطع الرجعة ولايحل لها التزوج أخذا بالاحتياط فيهما ، بخلاف العضو الكامل

وكذا اللمس لأنه قد يحتاج إلى مس المصحف للقراءة فى الصلاة لنسيان أو غلط أو زيادة إتقان ، وكذا سجدة التلاوة ركن من الصلاة وقد تجب فى الصلاة (قوله وقيل بعد الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلاة) قال فى المبسوط : وهو الصحيح ، فإن فسادها قبل الفراغ يحتمل لاحتمال رؤية الماء فيها ، ولو تيممت وقرأت أو مست المصحف أو دخلت المسجد ، قال الكرخى : تنقطع به الرجعة لأن صحة هذه حكم من أحكام الطاهرات ، وقال الرازى : لاتنقطع به (قوله وإن كان أقل من عضو انقطعت) وذلك كنحو الأصبع ، كذا فى المحيط والينابيع ، وكذا بعض الساعد والعضد والعضو الكامل كاليد والرجل (قوله والقياس فى العضو ، إلى قوله : والقياس فيما دون العضو) الحاصل أن الحكم الثابت فى العضو وما دونه استحسان ، فالقياس فى العضو أن تنقطع لأن للأكثر حكم الكل وفى بعض العضو أن لاتنقطع لأنها لم تخرج إلى حكم الطاهرات . ولا يخفى تأتى كل من القياسين فى كل من العضو وما دونه فيقتضى أن يتعارض فى كل منهما قياسان : قياس أن للأكثر حكم الكل فيوجب انقطاع الرجعة ، وقياس بقاء الحدث بعينه فيوجب عدم انقطاعها . ومبنى وجه الاستحسان على اعتبار القياس الثانى ، إذ حاصله اعتبار ظهور عدم إصابة الماء لشىء وعدمه ، فإذا ظهر عدمه لم تنقطع الرجعة ، وإذا ظهر ثبوت الإصابة انقطعت غير أن ظهور الترك يتحقق فى العضو لا فى الأقل . على أن كون أن للأكثر حكم الكل قياسا ممنوع ، بل إنما

أو يمضى عليها وقت صلاة . والجواب أن الضرورى متى ماثبت ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند أداء الصلاة انقطاع الحيض ، ومن لوازم انقطاعه مضى المدة ، ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة ، ولازم لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته . وأما الجواب عن جعلهما التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة فى باب الإمامة وجعل محمد بالعكس فقد سبق هناك مستوفى (وإذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فإن كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وإن كان أقل من عضو كأصبع ونحوه انقطعت. قال المصنف : وهذا استحسان) اعلم أن محمدا لم يذكر فى كتبه موضع القياس هل هو عضو فما فوقه أو هو ما دونه ، وروى أنه عند أبى يوسف فى العضو فما فوقه ، فإن القياس أن تنقطع الرجعة لأنها غسلت أكثر البدن ، وللأكثر حكم الكل فكأنها أصاب الماء جميع البدن ، وفى الاستحسان لاتنقطع لأن العدة باقية لعدم الطهارة ، وعند محمد فيما دونه ، فالقياس أن تبقى الرجعة لبقاء الحدث ، والاستحسان أن تنقطع لأن مادون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه ، والمصنف أشار إلى ذلك بقوله : والقياس فى العضو الكامل أن لاتبقى الرجعة لأنها غسلت الأكثر ، وهو إشارة إلى قياس أبى يوسف وبقوله ، والقياس فيما دون العضو أن لاتبقى لأن حكم الجنابة والحيض لايتجزأ وهو إشارة إلى قول محمد . وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق بين العضو الكامل وما دونه بقوله إن مادون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه فقلنا بانقطاعها ، حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء إليه بأن منعت قصدا لم تنقطع الرجعة ، وهذا إشارة إلى استحسان محمد . وقال (بخلاف العضو الكامل

(قوله والجواب أن الضرورى الخ) أقول فيه بحث ، فإنه لو صح ماذكره لم يستقم قوله فى المسألة الآتية : ولايحل لها التزوج أخذا

لأنه لايتسارع إليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل. وعنه وهو قول محمد رحمة الله تعالى عليه: هو بمنزلة مادون العضو لأن فى فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الأعضاء (ومن طلق امرأته وهى حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة) لأن الحبل متى ظهر فى مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم «الولد للفراش» وذلك دليل الوطء منه وكذا إذا ثبت نسب الولد

يحكم به فى مواضع خاصة بخصوص دلائل فيها لا أنه مطرد شرعا ممهد. ثم وجه التفصيل المذكور أن مادون العضو يتسارع الجفاف إليه بعد إصابة الماء غير بعيد، وبتقديره تنقطع الرجعة، فحكم بانقطاعها بناء على هذا الاحتمال احتياطا، ولم يجز لها أن تتزوج بآخر حتى تغسل ذلك الموضع احتياطا فى أمر الفروج، حتى إنها لو تيقنت عدم إصابة الماء بأن علمت قصدها إلى إخلاء ذلك الموضع عن الإصابة. قلنا: لاتنقطع الرجعة. بخلاف العضو الكامل فإن احتمال جفافه بعد الإصابة يبعد فيه جدا لأن الغفلة عنه ممن هو بصدد تعميم جميع الأعضاء فى غاية البعد فلم يظهر أثره فلم تنقطع (قوله وعن أبي يوسف أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك العضو) الواو بمعنى أو إذ ترك كل بانفراده كترك عضو. وعنه وهو قول محمد كترك مادون العضو (قوله لأن فى فرضيتهما) أى فى فرضية المضمضة والاستنشاق فى الغسل اختلافا فعلى تقدير الافتراض لاتنقطع الرجعة، وعلى تقدير السنة تنقطع فقطعناها ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطا، ولو بقى أحد المنخرين لم تنقطع الرجعة (قوله ومن طلق امرأته وهى حامل أو ولدت منه) قبل الطلاق ثم طلقها (وقال لم أجامعها فله الرجعة لأن الحبل متى ظهر بعد العقد فى مدة يتصور أن يكون منه بأن تأتى به لستة أشهر فصاعدا من يوم التزوج جعل منه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم «الولد للفراش») وإذا جعله الشارع منه فقد أنزله واطئا وبطل زعمه فى عدم الوطء المستلزم لإقراره بعدم حق الرجعة له بتكذيب الشرع

لأنه لايتسارع إليه الجفاف) فلما لم يكن مبلولا علم أنه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا تنقطع الرجعة، وهذا إشارة إلى استحسان أبي يوسف، فانظر حذق المصنف فى هذا الإدراج اللطيف الذى قلما وقع مثله لغيره، جزاه الله عن المحصلين خيرا (وعن أبي يوسف أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل) والواو بمعنى أو لأن الحكم فى كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام عنه، وذلك لأن حكم الحيض باق لكونهما فرضين فى الجنابة (و) فى رواية أخرى (عنه) وهو رواية الكرخى عن محمد (هو) أى كل واحد منهما (بمنزلة مادون العضو لأن فى فرضيته اختلافا) فإن المضمضة والاستنشاق سنتان عند مالك والشافعى وكان الاحتياط فى انقطاع الرجعة (بخلاف غيره من الأعضاء) فإنه لاخلاف لأحد فى فرضيته. قال (ومن طلق امرأته وهى حامل أو ولدت منه ثم طلقها وقال لم أجامعها ثم أراد الرجعة) فله ذلك، ولا معتبر بقوله لم أجامعها لأنه ظهر الحبل فى مدة يتصور أن يكون منه لكون المسئلة موضوعة فى ذلك، ومتى ظهر فى مدة يتصور أن يكون منه جعل منه (لقوله عليه الصلاة والسلام «الولد للفراش») الحديث (وذلك) أى جعل الحمل منه (دليل الوطء منه. وكذا إذا ثبت نسب الولد

بالاحتياط، فإن انقطاع الرجعة هناك لانقضاء العدة ليس إلا، ويلزمه حل التزوج فليتأمل (قال المصنف: بمنزلة مادون العضو) أقول: يجوز أن يحمل على تقدير المضاف: أى بمنزلة ترك مادون (قال المصنف: لأن فى فرضيته اختلافا) أقول: أى فرضية غسله فى الغسل إن أرجع ضمير هو إلى الفم والأنف، وإن أرجع إلى المضمضة والاستنشاق فلا حاجة بنا إلى تقدير المضاف، بل فى قوله بمنزلة مادون العضو

منه جعل واطئا ، وإذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق فى ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع ؛ ألا ترى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان فلأن تثبت به الرجعة أولى . وتأويل مسئلة الولادة أن تلد قبل الطلاق ، لأنها لو ولدت بعده تنقضى العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة . قال : فإن خلا بها وأغلق بابا أو أرخى سترا

إياه فى ذلك حيث حكم بثبوت النسب فله الرجعة مادامت فى العدة . وهذا لعدم تعلق حق أحد بسبب إقراره ذلك ، بخلاف ما لو أقر بعين فى يد غيره لإنسان ثم اشتراها ثم استحقت فأخذت منه قبل أن يقضى بها للمقر له ثم وصلت إلى يده بسبب من الأسباب حيث يؤمر بتسليمها للمقر له وإن كان مكذبا شرعا بالحكم للمستحق ثم بصحة الرجوع له ، وبخلاف مالو قال فى عبد إنسان إنه حر الأصل أو أعتقه مولاه وكذبه المولى ثم اشتراه حكم بصحة الشراء وبحرية العبد مع أن الحكم بصحة الشراء فرع تكذيبه . فالحاصل أن تكذيب الشرع إقراره بما يستلزم بطلان حق له تكذيب فى اللازم فينتفيان ، وإذا انتفى عدم الوطء والرجعة ثبت وجودهما فعاد حقه فى الرجعة ، بخلاف إقراره بما يثبت به حق الغير فإن تكذيب الشرع يقصره على حق نفسه فيبقى لازم المرتفع بالتكذيب كما لو لم يكذب فلذا كذب فى إقراره بالحرية وثبت الحكم بها ، وفى استحقاق المقر له بالعين مع تكذيبه بالحكم للمستحق . فإن قلت : كيف يتصور وجود الملزوم مع تخلف اللازم وإن كان لزوما شرعيا لأن تخلفه يبطل اعتبار الشرع إياه لازما وقد فرض اعتباره لازما . فالجواب أن الامتناع فى اللزوم العقلى . أما الشرعى فقد يحكم الشرع باللزوم على تقدير فتقتصر الملازمة عليه ، وهنا كذلك فإنه حين أقر بالعين لفلان ثبت أن فلانا أحق بها من غيره ، فإذا كذبه الشرع بالقضاء به للمستحق فى إقراره بأنه لفلان ثبت أنه ليس لفلان بالنسبة إلى المستحق فقط وأنه له بالنسبة إلى المقر فثبت اللزوم على هذا الوجه (قوله ألا ترى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان) أى الوطء الذى يثبت بتكذيب الشرع إياه والإحصان له مدخل فى إيجاب العقوبة فلأن تثبت به الرجعة ولا مدخل لها فى العقوبة أولى (قوله وتأويل مسئلة الولادة أن تلد قبل الطلاق) أى فى مدة تصلح بأن تلد لستة أشهر فصاعدا من يوم النكاح كما قدمنا (قوله وأغلق بابا) المناسب أو أغلق بأو كما فعل فى أرخى لا بالواو لأن كلا منهما تفصيل للخلوة لاستقلاله بإثباتها لامباين لها

منه جعل واطئا) لأنه لايتصور بدونه (وإذا ثبت الوطء تأكد الملك ، والطلاق فى ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه) أنه لم يجامعها (بتكذيب الشارع) وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن النسب يثبت دلالة ، وقوله لم أجامعها صريح ، والصريح يفوق الدلالة . والثانى أنه أقر بقوله لم أجامعها لسقوط حق مستحق له ، وتكذيب الشارع لايرده ، كما لو أقر بعين لإنسان ثم اشتراها ثم استحقت من يده ثم وصلت إليه أمر بالتسليم إلى المقر له وإن صار مكذبا شرعا . وأجيب عن الأول بأن الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشارع أقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع . وعن الثانى بأنه لم يتعلق ههنا بإقراره حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضى وانتفاء المانع ، بخلاف المستشهد به فإن المانع ثم موجود وهو تعلق حق الغرماء به . وقوله (ألا ترى) توضيح لقوله والطلاق فى ملك متأكد يعقب الرجعة وبيان الأولوية أن الإحصان له مدخل فى وجود العقوبة ومع هذا يثبت بهذا الوطء (فلأن يثبت به الرجعة) التى ليست فيها جهة العقوبة (أولى) وقوله (وتأويل مسئلة الولادة) ظاهر (فإن خلا بها وأغلق بابا أو أرخى سترا) على رواية كتاب الطلاق بكلمة أو ،

أى غسل مادون العضو ، وإن أرجع إلى الترك : أى ترك المضمضة والاستنشاق فالمقدر هو الترك (قوله والصريح يفوق الدلالة) أقول : الدلالة إذا عملت عملها لايعارضها الصريح فضلا عن أن يكون فوقها وما نحن فيه كذلك .

وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة)لأن تأكدالملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق فى حق نفسه والرجعة حقه ولم يصرمكذبا شرعا ، بخلاف المهرلأن تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لاعلى القبض ، بخلاف الفصل الأول (فإن راجعها) معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها (ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) لأنه يثبت النسب منه إذ هى لم تقرّ بانقضاء العدة والولد يبقى فى البطن هذه المدة فأنزل واطئا قبل الطلاق دون مابعده لأن على اعتبار الثانى يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء

(قوله لأن تأكد الملك بالوطء) إذ بعدمه تبين بالطلاق لا إلى عدة ، وشرط الرجعة العدة وقد أقر بعدمه فصار مبطلا حق نفسه من الرجعة(قوله ولم يصرمكذبا شرعا الخ)جواب عما قد يقال إنه هنا أيضا صار مكذبا شرعا حيث لزمه تمام المهر بناء على صحة الخلوة والحكم بذلك شرعا إنزالا له واطئا شرعا فمنع كونه بناء على ذلك شرعا أو على مايستلزمه ، بل هوبناء على تمام تسليم المبدل وهو بضعها بالتخلية التى هى وسعها ، ولوتوقف لزوم كمال المهرعلى غير ذلك مما ليس هو فعلها لتضررت فلم يكن مكذبا شرعا وتجب العدةُ عليها مع ذلك لاحتمال كذبه أو كذبهما والعدة يحتاط فى إثباتها لأن انقضاءها يستلزم حلها للأزواج فهى حق الشرع فلا يصدقان فى إبطالها فتصير العدة قائمة شرعا ولا رجعة عليها فلم تقم الخلوة هنا مقام الوطء لما أوجب ذلك . وقول إمام الحرمين إن العدة تستدعى سببا فى الشغل مردود بالآيسة والصغيرة ، ولو قال جامعتها كان له الرجعة وإن كذبته المرأة فى الوطء (قوله بخلاف الفصل الأول) يتصل بقوله لم يصر مكذبا شرعا ، وعنى به ثبوت النسب بظهور الحمل حال الطلاق أو بالولادة قبل الطلاق كما هوحكم المسئلة المتقدمة لتكذيب الشرع له فى قوله لم أجامعها حيث جعله واطئا حكما لأن الرجعة تنبنى على الدخول وقد ثبت لثبوت النسب لأنه لانسب بلا ماء فتثبت (قوله معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها) أى ثم طلقها ثم راجعها لاتصح الرجعة لاعترافه بعدم الوطء ، فلو جاءت بعد هذه الرجعة بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق صحت : أى ظهر صحتها (قوله لأن على اعتبار الثانى) وهو إنزاله واطئا بعد الطلاق ، وحينئذ فالصلف فى العبارة أن يقول لأن على الاعتبار الثانى يحرم الوطء لزوال الملك بنفس الطلاق على زعمه فى عدم

وعلى رواية الجامع الصغير وأرخى سترا بالواو والأول أصح (ثم قال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق فى حق نفسه والرجعة حقه) فإن قيل : قد صار مكذبا شرعا لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا إلا إذا كان الطلاق بعد الدخول . أجاب بقوله (ولم يصر مكذبا شرعا لأن تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لاعلى القبض) ومعناه إنما يصير مكذبا شرعا أن لو كان كمال المهر مستلزما للقبض وهوالوطء وليس كذلك ، وإنما هومستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة ، إذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم إليه ويقدر المسلم إليه على أن يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب (بخلاف الفصل الأول) لأن الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب (فإن راجعها بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها)يعنى وإن كان لايملكها (ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) أى الرجعة السابقة (لأن النسب ثابت منه لعدم الإقرار منها بانقضاء العدة) ولاحتمال المدة (فإن الولد يبقى فى البطن هذه المدة ولا يكون ذلك إلا بالدخول فأنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده) لأن فيما بعده يكون الوطء حراما

(قوله وإن كان لايملكها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين) أقول : أى لايملك الرجعة .

والمسلم لايفعل الحرام (فإن قال لها إذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم أتت بولد آخر فهى رجعة) معناه من بطن آخر وهو أن يكون بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين إذا لم تقر بانقضاء العدة لأنه وقع الطلاق عليه بالولد الأول ووجبت العدة فيكون الولد الثانى من علوق حادث منه فى العدة لأنها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا (وإن قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد فى بطون مختلفة فالولد الأول طلاق والولد الثانى رجعة وكذا الثالث) لأنها إذا جاءت بالأول وقع الطلاق وصارت معتدة ، وبالثانى صار مراجعا لما بينا أنه يجعل العلوق بوطء حادث فى العدة ويقع الطلاق الثانى بولادة الولد الثانى لأن اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة ، وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا ، وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالأقراء لأنها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق

الوطء إذ المؤدى على عبارته هكذا على اعتبار إنزاله واطئا بعد الطلاق يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم . وتحصيل المقصود من هذه بتكلف بعد توهم خطئها (قوله والمسلم لايفعل الحرام) فإن قيل: والظاهر منه أيضا أنه لايكذب . فالجواب لابد من أحد الاعتبارين وعلى الأول يلزم كذبه وعلى الثانى يلزم الزنا وهو أعظم من مثل هذه الكذبة (قوله وهو أن يكون بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين) إن فيه للوصل ، فأفاد أن قوله بعد ستة أشهر معناه : أى فصاعدا أقل من سنتين أو أكثر وإن كان عشر سنين مالم تقر بانقضاء العدة ، لأن الثانى يضاف إلى علوق حادث بعد الطلاق فى العدة لأن امتداد الطهر لاغاية له إلا الإياس وبه يصير مراجعا ، بخلاف ماذكر فى كتاب الدعوى أن المطلقة طلاقا رجعيا لو ولدت لأقل من سنتين بيوم لايكون رجعة ، وفى أكثر من سنتين يكون رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق فى الأول دون الثانى ، وإن هذا الاحتمال سقط هنا لأنهما إذا كانا من بطنين كان الثانى من وطء حادث البتة ، بخلاف ما إذا كان بينهما أقل من ستة أشهر فإنهما حينئذ من بطن واحد إذ لم يقم دليل يوجب الحكم بكون الثانى من وطء على حدته بعد الطلاق الواقع بولادة الأول فلم تثبت الرجعة لأنها بالوطء الكائن بعد الطلاق (قوله وإن قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد فى بطون مختلفة) وهو أن يكون بين كل ولدين ستة أشهر ، فإن كان أقل فهما توءمان فيقع طلقتان بالأولين لاغير إذ بالثالث تنقضى العدة . ولو كان الأولان فى بطن والثالث فى بطن تقع تطليقة واحدة بالأول لاغير ، وتنقضى

لزوال الملك بنفس الطلاق : يعنى إلا إلى عدة لأن الفرض عدم الوطء قبله لأنه أنكره بعد الخلوة والمسلم لايفعل الحرام ، وإن كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت الرجعة صحيحة . قال (فإن قال لها إذا ولدت فأنت طالق) ومن علق طلاق امرأته بولادتها فولدت ولدا ثم ولدت ولدا ، فإما أن يكون بين الولدين ستة أشهر أو لا ، فإن كان الثانى فالولادة الثانية لاتكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الأول وانقضت العدة بالولد الثانى ، وما ثم دليل على أنه وطئها بعد الولد الأول فلا يثبت به الرجعة وإن كان الأول وهو المذكور فى الكتاب فهى رجعة لأن الولادة الثانية رجعة ، ووجهه ماذكر فى الكتاب وهو واضح . وقوله (وإن كان أكثر من سنتين) إن للوصل : أى لما كان بين الولدين ستة أشهر لاتفاوت بعد ذلك بين أن تكون الولادة الثانية فى أقل من سنتين وبين أن تكون أكثر من ذلك فى ثبوت الرجعة لأن الولد الثانى مضاف إلى علوق حادث لامحالة وهو بالوطء بعد الطلاق وكان رجعة (وإن قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق) على ما ذكره فى الكتاب واضح . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول الخ .

(والمطلقة الرجعية تتشوّف وتتزين) لأنها حلال للزوج إذ النكاح قائم بينهما. ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل له عليها فيكون مشروعا (ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها أو يسمعها خفق نعليه) معناه إذا لم يكن من قصده المراجعة لأنها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها (وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه: له ذلك لقيام النكاح، ولهذا له أن يغشاها عندنا. ولنا قوله تعالى ـ ولا تخرجوهن من بيوتهن ـ الآية، ولأن تراخي عمل المبطل لحاجته إلى المراجعة. فإذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر أنه لا حاجة له فتبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الأقراء من العدة فلم يملك الزوج الإخراج إلا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج. وقوله حتى يشهد على رجعتها

العدة بالثاني ولا يقع بالثالث شيء، ولو كان الأول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع ثنتان بالأول والثاني وتنقضي العدة بالثالث فلا يقع به شيء، وإذا كانوا في بطون فالولد الثاني رجعة، وكذا الثالث لأنها إذا جاءت بالأول وقع الطلاق لوجود شرطه ودخلت في العدة، وبالولد الثاني صار مراجعا لما بينا أن العلوق بوطء حادث في العدة فيصير به مراجعا. وقوله وبالثاني صار مراجعا معناه ظهر به الرجعة سابقا ثم يقع بالثاني طلقة ثانية لأن اليمين بكلما المقتضية للتكرار ودخلت في العدة وبالولد الثالث تظهر رجعته على ماذكرنا وتقع الثالثة بولادته، ولا يلزم الحكم بالوطء في النفاس وهو محرم لأن النفاس لا يلزم له كمية خاصة فجاز أن يكون غير ممتد وجاز أن لا ترى شيئا أصلا على ماتقدم في الحيض فلم يلزم الحكم بالوطء (قوله تتشوف) التشوف خاص بالوجه والتزين عام من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف: أي مجلو وهو أن تجلو وجهها وتصقله (قوله إذ النكاح قائم بينهما) وكذا جميع أحكامه من التوارث. ولو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فتطلق سوى المسافرة بها فإنها تحرم على الزوج لنص فيها على خلاف القياس وهو قوله تعالى ـ ولا تخرجوهن من بيوتهن ـ نزلت في الرجعية لسياق الآية وهو قوله تعالى ـ لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا ـ أي يبدو له أن يراجعها، وحرمتها بهذا النص لم تجعل رجعة لأن الرجعة مندوبة والمسافرة بها حرام. قيل ولا دلالتها لأن الكلام فيمن يصرح بعدم رجعتها. وأورد عليه أن التقبيل بشهوة ونحوه يكون نفسه رجعة وإن نادى على نفسه بعدم الرجعة، وجوابه الفرق بالحل والحرمة

وقوله (والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين) التشوف خاص في الوجه والتزين عام تفعل من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف: أي مجلو وهو أن تجلو المرأة وجهها وتصقل خديها. وقوله (إذ النكاح قائم بينهما) يدل عليه أن التوارث قائم بينهما وكذلك جميع أحكام النكاح قائم ولهذا لو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق. فإن قيل: لو كان النكاح قائما بينهما لجاز أن يسافر بها كالتي في نكاحه وليس كذلك على ما نذكره. أجيب بأنه امتنع بالنص وهو قوله تعالى ـ لا تخرجوهن من بيوتهن ـ فإنه نزل في الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى ـ لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا ـ أي لعله يبدو له فيراجعها والمسافرة بها إخراج من البيت فيكون منهيا عنها. فإن قيل: لم لا يكون نفس المسافرة دليلا على الرجعة. أجيب بأن الإخراج منهي عنه والرجعة مندوب إليها وهما متنافيان. وقوله (ولأن تراخي عمل المبطل) دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة، وتقريره تراخي عمل المبطل وهو الطلاق لحاجة الزوج إلى المراجعة ولا حاجة له إليها فلا تراخي. أما أن التراخي كذلك فقد علم مما تقدم، وأما عدم حاجته إليها فلأنه إذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر أنه لا حاجة له إليها، وفيه نظر لأن كلامه يدل على أن المسافرة لا تجوز إذا انقضت المدة ولم يراجعها، وأما إذا سافر بها وهي في العدة فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه.

معناه الاستحباب على ماقدمناه (والطلاق الرجعى لايحرم الوطء) وقال الشافعى رحمه الله : يحرمه لأن الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق . ولنا أنها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لأن حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم ، وهذا المعنى يوجب استبداده به ، وذلك يؤذن بكونه استدامة لا إنشاء

كما قلنا ، وكما لايحل لها السفر لايحل الخروج بها إلى مادونه لأن الحرمة ليست منوطة بالسفر بل بالخروج ، وكما يكره السفر بها تكره الخلوة إذ قد ينظر نظرا يصير به مراجعا وهو لايريد الرجعة فيطلقها أخرى فيؤدى إلى تطويل العدة عليها وذلك حرام . وقال السرخسى : إنما تكره الخلوة إذا لم يأمن غشيانها إذ يصير مراجعا لها بغير إشهاد وهو مكروه ، ومقتضى هذا أنه إذا أمن لايكره ، وأن كراهة الخلوة حينئذ تنزيهية ، ولم يلتفت شمس الأئمة إلى التعليل باحتمال النظر الذى يصير به مراجعا كأنه لبعده جدا حيث كان إنما هو النظر إلى داخل الفرج ، وقل أن يقع مع الخلوة ،حتى إن الإنسان يكون مع زوجته التى هى فى عصمته سنين لايقع له هذا النظر إلا إن تعمده قصدا حالة الجماع ، لكن الوجه الذى ذكره المصنف وهو قوله لأن تراخى عمل المبطل : يعنى الطلاق وعمله قطع النكاح لحاجته : أى لحاجة الزوج إلى المراجعة فإذا لم يراجعها حتى انقضت المدة : أى العدة ظهرأنه لاحاجة إلى الرجعة فتبين أن المبطل عمل الإبانة من وقت وجوده وأن مسافرته بها كانت بأجنبية كما يقتضى قصر كراهة المسافرة على تقدير ما إذا لم يراجعها بعد ذلك فى العدة كذلك يقتضى حرمة الخلوة بها إن لم يكن قصده الرجعة ، ويقتضى أنه لو راجعها ظهرت حاجته ،وأن المبطل لم يعمل أصلا فيتبين أن الخلوة والمسافرة لم يكونا بأجنبية ،والدليل على أن عمله من وقت وجوده احتساب الأقراء الماضية قبل انقضاء العدةمن العدة ، فلوكان المبطل مقتصراعلى انقضائها لم تحتسب واحتيج إلى عدة مستأنفة . والأوجه تحريم السفر مطلقا لإطلاق النص فى منع السفر بها دون الخلوة لعدم النص وقصور المعنى وهو لزوم المراجعة بالنص على ماتقدم ولزوم ظهور أن الخلوة بأجنبية غير ضائر إذ حالة تحققها كانت زوجة يباح معها شرعا مايباح من الزوجة (قوله وذلك) يعنى استبداده به (يؤذن بكونه استدامة لا إنشاء

وأجيب بأنه إنما يرد أن لوكان المراد بالمدة العدة ، وأما إذا أريد بها مدة الإقامة فلا يرد ، وفيه نظر لأن عمل المبطل أخر إلى انقضاء العدة بالإجماع دون مدة الإقامة ، ولعل الصواب أن عدم جواز المسافرة أيضا يثبت بالتبيين كعمل المبطل ، وإذا ظهر عدم الحاجة تبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده ، ولهذا يحتسب الأقراء من العدة ، ولو كان عمل المبطل مقتصرا على انقضاء العدة لما احتسب الأقراء الماضية من العدة كما لم تحتسب فى قوله إذا حضت فأنت طالق فإن تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لأنه شرط وقوع الطلاق ، وإذا لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقديرا حين لم يرد الرجعة فكأنما أنه لايملك إخراج المبتوتة إلى السفر فكذلك لايملك إخراج المطلقة الرجعية إلا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك النكاح . وقوله (على ماقدمنا) يعنى فى أوائل الباب حيث قال : ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين ، وإن لم يشهد صحت الرجعة (والطلاق الرجعى لايحرم الوطء . وقال الشافعى رحمه الله : يحرمه لأن حل الوطء بالزوجية والزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق . ولنا أن الزوجية قائمة ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها) بالاتفاق ، ولو كانت زائلة لكانت أجنبية فلم تصح الرجعة بدون رضاها ، وهذا المقدار كان كافيا فى الاستدلال لكنه استظهر بقوله لأن حق الرجعة يثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم ، وهذا المعنى : أى ثبوته نظرا له يوجب استبداده به : أى بالرجعة بتأويل الرجوع إذ لو لم يكن مستبدا به لما تم النظر لأنه قد لاترضى المرأة بالرجعة فحق الرجعة يوجب استبداد الزوج بالرجعة (واستبداده بذلك يؤذن بكونه استدامة لا إنشاء)

إذ الدليل ينافيه والقاطع أخر علمه إلى مدة إجماعا أو نظرا له على ما تقدم ، والله أعلم بالصواب .

(فصل فيما تحل به المطلقة)

(وإذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله أن يتزوّجها فى العدة وبعد انقضائها) لأن حل المحلية باق لأن زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ، ومنع الغير فى العدة لاشتباه النسب

والدليل ينافيه) أى دليل الاستبداد وهو ثبوت الرجعة بغير رضاها ينافيه : أى ينافى الإنشاء لأنه لو كان إنشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج إلى رضا المرأة وإذنها والشهود والولى عند من يوجبه احتياطا ، ومما يدل على بقاء الزوجية فى الرجعى من كل وجه ماقدمنا فى أول الباب من النصوص فارجع إليه (قوله والقاطع الخ) جواب عن قول الشافعى الزوجية زائلة لوجود القاطع . قلنا نعم وجد ، ولكن أخر عمله إجماعا لأن الإجماع على أن الرجعة تثبت بلا رضاها يفيد أن عمله وهو القطع مؤخر . أو نقول : تأخر عمله نظرا للزوج على ماتقدم من أن حق الرجعة ثبت نظرا له ، والله سبحانه أعلم .

(فصل فيما تحل به المطلقة)

لما ذكر ما يتدارك به الطلاق الرجعى ذكر مايتدارك به غيره (قوله لأن حل المحلية) تركيب غير صحيح ، والصحيح أن يقال لأن حل المحل باق أو لأنّ المحلية باقية ، وهذا لأن المحلية هى كون الشىء محلا ولا معنى لنسبة الحل إليها إذ لامعنى يحل كونها محلا (قوله لأن زواله) مرجع الضمير الحل وضمير فينعدم للزوال (قوله ومنع الغير) جواب عن مقدر ، والمتبادر من العبارة أن يقال مافرق بين الزوج وغيره حيث جاز فى العدة للزوج

إذ الدليل الدال على الاستبداد وهو ماذكرنا من القياس ينافى أن تكون الرجعة إنشاء لأن الزوج لايستبد به والاستدامة لاتتحقق إلا فى القائم وكانت الزوجية قائمة . وقوله (والقاطع) جواب عن قوله لوجود القاطع ، ومعناه أن وجود القاطع لاينافى قيام الزوجية لأنه أخر عمله إلى مدة إجماعا أو نظرا له على ماتقدم : يعنى قوله يثبت للزوج نظرا له فكان كالبيع الذى فيه الخيار تأخر عمل البيع فى اللزوم إلى مدة نظرا لمن له الخيار .

(فصل فيما تحل به المطلقة)

لما فرغ من بيان مايتدارك به الطلاق الرجعى ذكر مايتدارك به غيره من الطلقات فى فصل على حدة (وإذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله أن يتزوجها فى العدة وبعد انقضائها لأن حل المحلية) وهو كونها آدمية ليست من المحرمات (باق لأن زواله معلق بالطلقة الثالثة) لقوله تعالى ـ فإن طلقها فلا تحل له ـ على مانذكره والمعلق بالشرط معدوم قبله . وُردّ بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود دون العدم عند العدم عندنا . والجواب أنه معدوم بعدمه الأصلى إذ العلة لم تصر علة بعد ، وإذا كان حل المحل باقيا جاز نكاحها فى العدة وبعد انقضائها . فإن قيل : هذا تعليل فى مقابلة النص ، قال الله تعالى ـ ولاتعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ـ نهى

(فصل فيما تحل به المطلقة)

(قال المصنف فينعدم قبله) أقول : وتذكير الضمير الراجع إلى الطلقة لتأويله بالطلاق .

ولا اشتباه فى إطلاقه (وإن كان الطلاق ثلاثا فى الحرة أو ثنتين فى الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها) والأصل فيه قوله تعالى ـ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ـ

التزوّج لا لغيره فأجاب بلزوم اشتباه النسب فى الأجنبى دون الزوج وهو سهل ، وقد يقرر هكذا المنع فى العدة عام بالنص ، قال الله تعالى ـ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ـ يعنى انقضاء العدة فكيف جاز للزوج تزوّجها فى العدة ؟ وحاصل هذا استشكال الإطلاق للزوج فى العدة وعموم النص يمنعه . والأول طلب الفرق . قلنا : عمومه فى ضمير ـ تعزموا ـ ، وفى العدة خص منها العدة من الزوج نفسه بالإجماع فيلزم تخصيصه من العموم الأول . وحكمة شرعية العدة فى الأصل أن لا يشتبه النسب (ولا اشتباه فى إطلاقه) أى إطلاق صاحب العدة عن ذلك المنع لأن الماء ماؤه فلذلك جاز الإجماع على إطلاقه وأطلق ، وليس هذا الكلام بيان علة دليل التخصيص : أعنى الإجماع ، لأن الصغيرة والآيسة لا اشتباه فى حقهما مع عدم إطلاق الغير فيهما بل بيان عدم المانع من إطلاقه ، وعدم المانع لا يعلل به ، لكن المعنى أنه لم يجمع مع المانع بل هو منتف فجاز الإجماع ، وبسطه أن العدة بعلة الحاجة إلى دفع الاشتباه فوجود الحاجة إلى الدفع مقتض لثبوت العدة المانعة من التزوّج ، فى محل لا يتحقق وجود الحاجة إلى الدفع كما فى صاحب العدة فقد المانع من عدمها إلا أنه وجد المقتضى للعدم لأن العلة لا تؤثر فى العكس : يعنى ليس عدمها علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم : أعنى وجود العدة مع عدمها فى الآيسة والصغيرة بالنص وهو قوله تعالى ـ واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن ـ إما بعلة أخرى ، إما أن يكون إظهارا لخطر المحل إذا تأملت حيث منع عن ورود ملك الاستمتاع عليه مدة ليعز على الراغب ، بخلاف مالو أطلق مطلقا كما أظهر خطره مرة أخرى باشتراط جمع الناس ليشهدوه أو لم يطلع عليها أو هى فيهما تعبد محض ، ولم يمكن إخراجهما من حكم العدة مع النص عليهما وفى غيرهما معلل بما قلنا فليست العدة مطلقا تعبدية (قوله وإن كان الطلاق ثلاثا فى الحرة أو ثنتين فى الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره الخ) لا فرق فى ذلك بين كون المطلقة مدخولا بها أو غير مدخول بها لصريح إطلاق النص ، وقد وقع فى بعض الكتب أن فى غير المدخول

عن العزم على نكاح المعتدة مطلقا ، والتعليل فى مقابلته باطل . أجاب بقوله ومنع الغير فى العدة لاشتباه النسب ، ومعناه أن المراد بالآية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لأن المانع اشتباه النسب ولا اشتباه فى إطلاقه : أى فى تجويز نكاح معتدته ، إذ الاشتباه إنما يكون عند اختلاف المياه وذلك إنما يكون فى معتدة الغير . واعترض عليه بالصغيرة والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبى والحيضة الثانية والثالثة فإنه لا اشتباه فى هذه المواضع ، ولا يجوز التزوّج فى العدة . وأجيب بأن ذلك بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعى فى الجنس لا فى كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر من الصور . وأقول كما ذكرت : اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح فى عدة الغير وهذا صادق . وأما أنه ملزم جوازه إذا عدم هذا المانع فليس بلازم لجواز أن يكون ثمة مانع آخر وهو جهة التعبد (وإن كان الطلاق ثلاثا فى الحرة أو ثنتين فى الأمة لم تحل للزوج الأول حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها لقوله تعالى ـ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) والمراد

(قوله أجاب بقوله ومنع الغير فى العدة ، إلى قوله : إذ الاشتباه إنما يكون الخ) أقول : هذا أيضا من قبيل التعليل فى مقابلة النص ، والأولى أن يقال : خص منه المطلق بالإجماع (قال المصنف : وإن كان الطلاق ثلاثا) أقول : لم يقل ثلاثة لتأويل الطلاق بالطلقات .

فالمراد الطلقة الثالثة ، والثنتان فى حق الأمة كالثلاث فى حق الحرة ، لأن الرق منصف لحل المحلية على ماعرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا ، والزوجية المطلقة إنما تثبت بنكاح صحيح ، وشرط الدخول ثبت بإشارة النص وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الإفادة دون الإعادة إذ العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج

بها تحل بلا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والإجماع لايحل لمسلم رآه أن ينقله فضلا عن أن يعتبره لأن فى نقله إشاعته وعند ذلك ينفتح باب للشيطان فى تخفيف الأمر فيه ، ولا يخفى أن مثله مما لايسوغ الاجتهاد فيه لفوت شرطه من عدم مخالفة الكتاب والإجماع ، نعوذ بالله من الزيغ والضلال . ومما صرح فيه بعدم الفرق مختارات النوازل والأمر فيه من ضروريات الدين لايبعد إكفار مخالفه (قوله والمراد) أى المراد بقوله تعالى ـ فإن طلقها ـ (الطلقة الثالثة) لأنه ذكرها عقيب الطلقتين فى القرآن حيث قال ـ الطلاق مرتان ـ ثم قال ـ فإن طلقها ـ أى الثالثة هذا قول الجمهور . وذهبت طائفة إلى أن الثالثة هى قوله ـ أو تسريح بإحسان ـ فإن أبا رزين العقيلى سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « عرفت الطلقتين فى القرآن فأين الثالثة ؟ فقال : فى قوله ـ أو تسريح بإحسان ـ » كذا فى المبسوط ، وكأن المراد الخلاف فى بيان شرعية الثالثة أنه وقع بلفظ التسريح أو بقوله تعالى ـ فإن طلقها ـ إذ لايمكن الخلاف فى أن المراد بقوله ـ فإن طلقها ـ الثالثة لأنه عقبها بقوله ـ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ـ فالحق أن المراد بالتسريح الثالثة ولا تكرار ، فإن الثانى ذكر شرطا لإعطاء حكم الثالثة ، والأول ذكر لبيان ابتداء شرعية الثالثة . وحاصله أن يقال شرعها ثلاثا ورتب على الثالثة حكما وبين ذلك بقوله ـ الطلاق مرتان ـ وبعدهما إما إمساك بمعروف أو تسريح بثالثة بإحسان ، فإن طلقها الثالثة اختيارا لأحد الأمرين الجائزين له فحكمه أن لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ، فتحصل أن كليهما مراد به الثالثة (قوله لحل المحلية) فيه ماسبق (قوله ثم الغاية) أى غاية عدم الحل الثابت بقوله تعالى ـ فلا تحل له ـ هو الزوج الثابت بقوله تعالى ـ حتى تنكح زوجا غيره ـ فلذا قلنا لو طلقها ثنتين وهى أمة ثم ملكها أو ثلاثا لحرة فارتدت ولحقت ثم ظهر على الدار فملكها لايحل له وطؤها بملك اليمين حتى يزوجها فيدخل بها الزوج ثم يطلقها (قوله والزوجية) مطلقا ، وكذا الزوج مطلقا إنما يثبت بنكاح صحيح لأن المطلق ينصرف إلى الكامل ، أو لأنه المتبادر عند إطلاقه خصوصا إذا كان مضافا إلى المستقبل دون النكاح الفاسد بخلافه مضافا إلى الماضى ، لأن المراد فى الأول التحصن والإعفاف وهو لايحصل إلا بالصحيح ، وفى الثانى صدق الإخبار وهو يحصل بالتزوج فاسدا ولذا حنث فى يمينه لم يتزوج بالفاسد لا فى حلفه لا يتزوج (قوله وشرط الدخول ثبت بإشارة النص الخ) ولا يخفى أن على تقدير حمله على الوطء إنما يثبت بعبارة النص لأنه مقصود بالسوق (قوله حملا للكلام على الإفادة دون الإعادة) يعنى أن الإعادة لازم على تقدير حمل لفظ تنكح

بقوله تعالى ـ فإن طلقها ـ الطلقة الثالثة عند أكثر أهل التأويل (والثنتان فى الأمة كالثلاث فى حق الحرة لأن الرق منصف لحل المحلية) لكونه نعمة والعقدة الواحدة لاتتجزأ فكملت على ماعرف ، وإنما يجب أن يكون النكاح صحيحا لأن الغاية نكاح زوج آخر مطلقا حيث لم يقيد بصحة ولا فساد ، والمطلق ينصرف إلى الكامل على ماعرف فى الأصول (والزوجية المطلقة) أى الكاملة (إنما تثبت بنكاح صحيح) وإنما يشترط الدخول بها إما بإشارة الكتاب

(قال المصنف : والزوجية المطلقة) أقول : جعل الإطلاق قيدا للزوج دون النكاح ليتمشى على كلا وجهى شرط الدخول فليتأمل (قال المصنف : وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الإفادة) أقول : قال الزيلعى : هكذا ذكر الأصحاب ، وفيه نظر ، فإن

أو يزاد على النص بالحديث المشهور ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لاتحل للأول حتى تذوق عسيلة الآخر » روى بروايات ،

على العقد لأن اسم الزوج يتضمن إعادته لدلالته عليه التزاما ، بخلاف ما إذا حملناه على الوطء وإن كان حينئذ مجازا بالنسبة إلى المرأة إذ هو حال نسبته إليها يراد به التمكين من حقيقته لاحقيقته ، فإن المجاز فى الكلام أكثر من الإعادة هذا الوجه على العموم . ووجه آخر على رأينا وهو أن فى حمله على العقد مجازين النكاح فى العقد مجاز فإن حقيقته الوطء والزوج فى الأجنبى مجاز باعتبار الأول ، وعلى الوطء مجاز واحد وهو النكاح فى التمكين والزوج حينئذ حقيقة (قوله أو يزاد على النص بالحديث المشهور) هذا إنما يتصور إذا أريد بلفظ تنكح فى النص العقد لاعلى إرادة الوطء فيه (قوله يروى بروايات) روى الجماعة من حديث عائشة رضى الله عنها « أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثا فتزوّجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها قبل أن يواقعها أتحل لزوجها الأول ؟ قال : لا حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول » وروى الجماعة إلا أبا داود عن عائشة رضى الله عنها قالت « جاءت امرأة رفاعة القرظى إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : كنت عند رفاعة القرظى فطلقنى فأبتّ طلاقى فتزوّجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير » بفتح الزاى لاغير « وإنما معه مثل هدبة الثوب ، فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : أتريدين أن ترجعى إلى رفاعة ؟ لا ، حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك » وفى لفظ فى الصحيحين : « إنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات » . وفى لفظ البخارى « كذبت والله يارسول الله إنى لأنفضها نفض الأديم ولكنها ناشز تريد أن ترجع إلى رفاعة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فإن كان كذلك لم تحلى له حتى يذوق عسيلتك » قال « وكان مع عبد الرحمن ابنان له من غيرها ، فقال صلى الله عليه وسلم بنوك هؤلاء ؟ قال : نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا وأنت تزعمين ماتزعمين ! فوالله

على ما ذكره المصنف وهو طريقة بعض المشايخ وهو أن يحمل النكاح فى قوله تعالى — حتى تنكح — على الوطء حملا للكلام على الإفادة دون الإعادة ، فإن العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج فى قوله — زوجا غيره — ، فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك تأكيدا والتأسيس أولى من التأكيد ، وأما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظى « طلق امرأته فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى تميمة ، وقيل عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوّجت عبد الرحمن بن الزبير القرظى ثم طلقها فأتت النبى صلى الله عليه وسلم وقالت : يارسول الله إن رفاعة طلقنى فبتّ طلاقى ، وإنى نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظى ، وإنما معه مثل الهدبة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لعلك تريدين أن ترجعى إلى رفاعة ، لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك » وقد روى بروايات مختلفة فى بعضها بلفظ الغيبة كما ذكر فى الكتاب ، وفى بعضها بلفظ الخطاب كما رويت وهو المذكور فى كتب الأصول ، وهو حديث مشهور يجوز الزيادة به على الكتاب ونسخ إطلاقه ، وقد ذكرنا ذلك فى التقرير على الوجه الأتم

النكاح المنسوب إلى المرأة يراد به العقد لتصوره منها دون الوطء لاستحالته منها . ويمكن أن يقال : يجوز نسبته إليها مجازا كما يقال زانية مجازا بالتمكين منه ، وهذا أقرب من حمله على العقد لأن فى حمله على العقد مجازين : أحدهما أن النكاح حقيقة الوطء ومجاز للعقد وفيه حمله عليه ، والثانى أن فيه تسمية الأجنبى زوجا باعتبار ما سيئول إليه ، وفيه حمل اللفظ على الإعادة أيضا ، وفى حمله على الوطء مجاز واحد وهو نسبة الوطء إليها فكان أولى انتهى . وفيه بحث لأن التمكين من الوطء لايوجب الوطء ، ولا يلازمه ، إلا أن يقال : المراد التمكين المقارن الفعل وفيه مافيه ، ولايبعد أن يقال : قوله تعالى — حتى تنكح زوجا غيره — من قبيل — عيشة راضية — على الإسناد المجازى .

ولا خلاف لأحد فيه سوى سعيد بن المسيب . وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضى لاينفذ . والشرط الإيلاج دون الإنزال لأنه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زائد (والصبي المراهق فى التحليل كالبالغ) لوجود الدخول فى نكاح صحيح وهو الشرط بالنص .

لهم أشبه به من الغراب بالغراب » وهو فى الموطإ هكذا : أنبأنا مالك عن المسور بن مخرمة بن رفاعة القرظى عن الزبير ابن عبد الرحمن بن الزبير « أن رفاعة بن سموءل طلق امرأته تميمة بنت وهب ثلاثا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكحها عبد الله بن الزبير فلم يستطع أن يمسها ففارقها . فأراد رفاعة أن ينكحها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : لاتحل لك حتى تذوق العسيلة » ووقع فى معجم الطبرانى عكس ما فى الصحيح عن عائشة رضى الله عنها « كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمة بنت وهب تحت عبد الرحمن بن الزبير فطلقها فتزوّجها رفاعة رجل من بنى قريظة ثم فارقها » الحديث . وفيه « فقال والله ياتميمة لاترجعى إلى عبد الرحمن حتى يذوق عسيلتك رجل غيره » قال لم يروه عن أبى إسحاق إلا سلمة أبو الفضل (قوله ولا خلاف لأحد فيه أى من أهل السنة . أو المراد الخلاف العالى سوى سعيد بن المسيب فلا يقدح فيه كون بشر المريسى وداود الظاهرى والشيعة قائلين بقوله . واستغرب ذلك من سعيد حتى قيل لعل الحديث لم يبلغه (قوله لاينفذ) لمخالفته الحديث المشهور . قال الصدر الشهيد : ومن أفتى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين انتهى . وهذا لأن شرعية ذلك لإغاظة الزوج حتى لايسرح فى كثرة الطلاق عومل بما يبغض حين عمل أبغض مايباح (قوله والشرط الإيلاج) بقيد كونه عن قوة نفسه وإن كان ملفوفا بخرقة إذا كان يجد لذة حرارة المحل . فلو أولج الشيخ الكبير الذى لايقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة اليد لايحلها إلا إن انتعش وعمل . والصغير الذى لايجامع مثله أولى لأنه لايجد لذة أصلا . بخلاف من فى آلته فتور وأولجها فيها حتى التقى الختانان فإنها تحل به . وخرج المجبوب الذى لم يبق له شىء يولج فى محل الحل : أى فى محل الختان فلا يحل بسحقه حتى تحبل . وفى المبسوط فى رواية أبى حفص : إن كان المجبوب لاينزل لايحل ولا يثبت نسب الولد منه لأنه إذا جف ماؤه صار كالصبى أو دونه ودخل الخصى الذى مثله يجامع فيحلها . وفى التجريد : لو كان مجبوبا لم يحل . فإن حبلت وولدت حلت للأوّل عند أبى يوسف خلافا لمحمد . وفى الخلاصة : لو كان مسلولا وجامعها حلت عند أبى يوسف خلافا لزفر والحسن ويشترط كونه فى المحل بيقين . حتى لو جامعها وهى مفضاة لاتحل مالم تحبل . ولو تزوّج صغيرة لايوطأ مثلها طلقها زوجها ثلاثا فوطئها هذا الزوج فأفضاها لايحلها . وإن كان يوطأ مثلها حلت وإن أفضاها (قوله دون الإنزال) خلافا للحسن البصرى لاتحل عنده حتى ينزل الثانى حملا للعسيلة عليه . ومنع بأنها نصدق معه ومع الإيلاج وإنما هو كمال . وفى مسند أحمد أنه صلى الله عليه وسلم قال « العسيلة هى الجماع » انتهى . فحيث صدق مسمى الجماع تثبت فيه إلا أن فى سنده ابن عبد الملك المكى مجهول (قوله وهو الشرط بالنص) فيه نظر . إذ لو كان هو الشرط ليس غيره حلت بدخول الصغير الذى لايجامع مثله لكنها لاتحل به لأنه صلى الله عليه وسلم شرط العسيلة من الجانبين فلا بد من كون الزوج ممن يلتذ أيضا . وسواء كان حرا أو عبدا تزوّج بإذن المولى لابغير إذنه عاقلا

فليطلب ثمة (ولا خلاف لأحد فيه) أى فى اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب . وقيل هو قول بشر المريسى . وقوله (غير معتبر) لأنه مخالف للحديث المشهور ولهذا (إذا قضى القاضى به) أى بقول سعيد بن المسيب (لاينفذ . والشرط الإيلاج دون الإنزال . لأن الإنزال كمال ومبالغة فيه) أى فى الدخول . والكمال قيد لايثبت إلا بدليل ولا دليل عليه . بل الدليل يدل على عدمه لأنه ذكر العسيلة وهى تصغير العسيلة وهى كناية عن إصابة حلاوة

ومالك رحمه الله يخالفنا فيه . والحجة عليه مابيناه . وفسره فى الجامع الصغير وقال : غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل وأحلها على الزوج الأول ، ومعنى هذا الكلام أن تتحرك آلته ويشتهى . وإنما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة إلى الإيجاب فى حقها . أما لاغسل على الصبى وإن كان يؤمر به تخلقا . قال (ووطء المولى أمته لايحلها) لأن الغاية نكاح الزوج (وإذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه) لقوله صلى الله عليه وسلم « لعن الله المحلل والمحلل له »

أو مجنونا إذا كان يجامع مثله مسلما أو ذميا فى الذمية حتى يحلها لزوجها المسلم . ولو تزوجت عبدا بغير إذن سيده فدخل بها ثم أجاز السيد النكاح فلم يطأها بعد ذلك حتى طلقها لاتحل للأول حتى يطأها بعد الإجازة ، وتحل بوطء الزوج فى الحيض والنفاس والإحرام وإن كان حراما . رجل طلق زوجته فاشترى عبدا صغيرا له عشر سنين فزوجه من مطلقته فجامعها ثم ملكها إياه فقبلت انفسخ النكاح وحلت للزوج (قوله وفسره) أى فسر الصبى المراهق فى الجامع فقال : غلام لم يبلغ ومثله يجامع . وفى المنافع : المراهق الدانى من البلوغ . وقيل الذى تتحرك آلته ويشتهى الجماع . وفى فوائد شمس الأئمة : إنه مقدر بعشر سنين . ولا تنس ما أسلفناه فى باب الأولياء والأكفاء من اشتراط كون الزوج كفوا على رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله إذا كانت زوجت نفسها منه وهو قول أبى يوسف وهو المختار للفتوى فى زماننا . وعلى هذا لو زوجت الحرة نفسها عبدا لاتحل للأول بدخوله (قوله ووطء المولى لايحلها) لزوجها لما قدمناه من أن غاية الحرمة نكاح الزوج وليس المولى زوجا (قوله بشرط التحليل) أى بأن يقول تزوجتك على أن أحلك له أو تقول هى ذلك فهو مكروه كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب لقوله صلى الله عليه وسلم « لعن الله المحلل والمحلل له » أما لو نوياه ولم يقولاه فلا عبرة به ويكون الرجل مأجورا لقصده الإصلاح . والحديث المذكور روى من حديث ابن مسعود وعلى وجابر وعقبة بن عامر وأبى هريرة وابن عباس رضى الله عنهم أجمعين ، والتخريج عن بعضهم يكفينا ؛ فعن ابن مسعود رواه الترمذى والنسائى من غير وجه قال : «لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له» . وصححه الترمذى . وحديث عقبة هكذا : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا : بلى يارسول الله ، قال : هو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له » رواه ابن ماجه . قال عبد الحق : إسناده حسن . وقال الترمذى فى علله الكبرى عن الليث بن سعد : ما أراه سمع من مشرح بن عاهان ولاروى عنه . ودفع بأن قوله فى الإسناد قال لى أبومصعب

الجماع وهى تحصل بالإيلاج ، وكان التصغير دالا على عدم الشبع بالانزال (ومالك يخالفنا فيه) أى فى اشتراط الإيلاج دون الإنزال ، ويشترط الإنزال وهو إنما يتحقق من البالغ فلا يكون الصبى المراهق كالبالغ فى إفادة التحليل (والحجة عليه ما بيناه) أن الإنزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه وقوله (فسره) أى المراهق (فى الجامع الصغير وقال : غلام لم يبلغ الخ) وهوظاهر . قال (ووطء المولى أمته لايحلها) إذا طلق امرأة ثنتين وهى أمة الغير فوطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الأول لأن غاية الحرمة نكاح الزوج والمولى لايسمى زوجا . قال فى شرح الأقطع : روى أن عثمان سئل عن ذلك وعنده على وزيد بن ثابت فرخص فى ذلك عثمان وزيد وقالا : هو زوج ، فقام على مغضبا كارها لما قالا وقال : ليس بزوج (ولو تزوجها بشرط التحليل) بأن قال تزوجتك على أن أحلك أو قالت المرأة ذلك (فالنكاح مكروه لقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له ») فإن محمله اشتراط التحليل فى العقد كما ذكرنا ، إذ لو أضمر ذلك فى قلبه لم يستحق اللعن . وقيل معنى

وهذا هو محمله (فإن طلقها بعد ما وطئها حلت للأول) لوجود الدخول فى نكاح صحيح إذ النكاح لايبطل بالشرط وعن أبى يوسف أنه يفسد النكاح لأنه فى معنى الموقت فيه ولا يحلها على الأول لفساده . وعن محمد أنه يصح النكاح لما بينا ، ولا يحلها على الأول لأنه استعجل ما أخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما فى قتل المورث

مشرح يرد ذلك . ورواه الدارقطنى معنعنا عن أبى صالح كاتب الليث عن الليث به ، ولذلك حسنه عبد الحق فإنه رواه من جهة الدارقطنى ، وإلا فالحديث صحيح عند ابن ماجه لأن شيخ ابن ماجه يحيى بن عثمان ذكره ابن يونس فى تاريخ المصريين وأثنى عليه بعلم وضبط ، وأبوه عثمان بن صالح المصرى ثقة . أخرج له البخارى، ومشرح ، وثقه ابن القطان . ونقل عن ابن معين أنه وثقه . والعلة التى ذكرها ابن أبى حاتم لم يعرج عليها ابن القطان ولا غيره . قال الزيلعى فى التخريج : المصنف استدل بهذا الحديث على كراهة النكاح المشروط به التحليل وظاهره التحريم كما هو مذهب أحمد ، لكن يقال لما سماه محللا دل على صحة النكاح لأن المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسدا لما سماه محللا انتهى . وظاهره أنه اعتراض ثم جوابه . أما الاعتراض فمنشؤه عدم معرفة اصطلاح أصحابنا وذلك أنهم لايطلقون اسم الحرام إلا على منع ثبت بقطعى . فإذا ثبت بظنى سموه مكروها وهو مع ذلك سبب للعقاب . وأما الجواب فكلامه فيه يقتضى تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك ، وقد يحكم بالصحة مع لزوم الإثم فى العبادات فضلا عن غيرها خصوصا على مايعطى كلامه من تسمية المنع الثابت بظنى حراما (قوله وهذا) أى المحلل الشارط هو محمل الحديث لأن عمومه وهو المحلل مطلقا غير مراد إجماعا وإلا شمل المتزوج تزويج رغبة (قوله لأنه فى معنى الموقت) والموقت فى معنى المتعة ، أو هو المتعة على ماحققناه فيفسد فلا يحلها وتسميته محللا لايستلزم الحل لجواز كونه باعتبار كونه شارطا أو طالبا للحل ولأنه ملعون ، وعقد النكاح نعمة ، ولو كان صحيحا لم يلعن عليه ، ويؤيده ما فى مستدرك الحاكم : جاء رجل إلى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها أخ له ليحلها لأخيه هل تحل للأول ؟ قال : لا إلا نكاح رغبة ، كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصححه . قلنا : كونه فى معنى الموقت ممنوع ، إذ تعيين نهايته الوطء لايستلزم تعيين وقته لأن الوطء قد يكون فى ليلة الخلوة أو بعد جمعة أو شهر فلا توقيت صريح ولا معنى ، وحقيقة المحلل مثبت الحل لامن قام به مجرد طلبه ، واللعنة على مباشرته من الوجه الممنوع ، وقول ابن عمر لم يرفعه حتى يعارض هذا الحديث . وقوله كنا نعده سفاحا لايستلزم أنهم كانوا لايحكمون بحلها للأول لصدقه مع ثبوت الحرمة (قوله لأنه استعجل) حاصله أن المفسد وهو التوقيت منتف لأنه ليس بتوقيت ، والغرض وهو حلها له يتخلف لأنه استعجله بطريق

قوله هو محمله الكراهة محمل الحديث لإفساده (فإن طلقها) يعنى الذى شرط التحليل (بعد ما وطئها حلت للأول لوجود الدخول فى نكاح صحيح ، إذ النكاح لايبطل بالشرط . وعن أبى يوسف أنه يفسد النكاح لأنه فى معنى الموقت) كأنه قال تزوجتك إلى وقت كذا (ولا يحلها على الزوج الأول لفساده) فإن من شروط التحليل صحة النكاح كما تقدم (وعن محمد أنه يصح النكاح لما بينا) أن النكاح لايبطل بالشروط الفاسدة (ولا يحلها على الأول لأنه استعجل ما أخره الشرع) لأن النكاح عقد العمر فيقتضى الحل على الأول بعد موت الثانى ، فبشرط التحليل يصير مستعجلا للحل (فيجازى بمنع مقصوده كما فى قتل المورث) وذكر فى روضة الزندويستى أن أبا حنيفة

(قوله لأن النكاح عقد العمر فيقتضى الحل للأول بعد موت الثانى) أقول : وفيه شىء .

(وإذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثانى مادون الثلاث كما يهدم الثلاث . وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : لايهدم مادون الثلاث)

محظور كقاتل المورّث ، إلا أن هذا القياس معارض بالنص وهو قوله تعالى ـ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ـ فالحل كان ثابتا ثم اعترض عدمه مغيا بنكاح زوج غيره ، فعند وجود الغاية ينتهى المنع المغيا فيثبت ما كان ثابتا البتة ، فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للأول البتة . ومن الحيل إذا خافت أن لايطلقها المحلل أن تقول زوّجتك نفسى على أن أمرى بيدى أطلق نفسى كلما أريد ، فإذا قيل على هذا جاز النكاح وصار الأمر بيدها ، وهذا بناء على ما عليه العامة أن شرط التحليل يبطل ويصح النكاح . وذهب بعضهم إلى أنه يصح الشرط أيضا ، حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه . ونقل عن أبى حنيفة رحمه الله فى روضة الزندويستى ذلك ، وهذا مما لم يعرف فى ظاهر الرواية ، ولا ينبغى أن يعول عليه ولا يحكم به لأنه بعد كونه ضعيف الثبوت تنبو عنه قواعد المذهب لأنه لاشك أنه شرط فى النكاح لايقتضيه العقد ، والعقود فى مثله على قسمين : منها مايفسد العقد كالبيع ونحوه ، ومنها ما يبطل فيه الشرط ويصح الأصل . ولا شك أن النكاح مما لايبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو ، فيجب بطلان هذا وأن لايجبر على الطلاق . نعم يكره الشرط كما تقدم من محمل الحديث ، ويبقى ما وراءه وهو قصد التحليل بلا كراهة . وما أورده السروجى من أن الثابت عادة كالثابت نصا فى غير محل كلامهم لأنه لايلزم من قصد الزوج ذلك أن يكون بما هو معروف بين الناس متداول ، إنما ذلك فيمن نصب نفسه لذلك وصار مشهورا به . وهنا قول آخر وهو أنه مأجور وإن شرط لقصد الإصلاح ، وتأويل اللعن عند هؤلاء إذا شرط الأجر على ذلك . هذا ، ولولا ماذكرنا من قول ابن عمر : كنا نعده سفاحا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لمن سأل عن واقعة حال مفردة لشخص لأمكن أن يقال : إن مقتضى اللفظ إن تعلق اللعن به إذا كثر منه ذلك بأن نصب نفسه لهذا الأمر شرط أو لا ، لأن المحلل من فعل بتشديد العين وهو التكثير فى فعل الفاعل أو المفعول ، فلو أراد تعليق اللعن به بمرة إذا شرط لقال المحل من أحلها بهمزة التعدية لكن حديث ابن عمر يصرف عن هذا فيكون من نحو قطعت اللحم وإن لم يكن فيه تكثير (قوله ويهدم الزوج الثانى الطلقة والطلقتين) يعنى إذا كان دخل بها ، ولو لم يدخل لايهدم بالاتفاق ، وتقييده فى صورة المسئلة بالحرة لوضعها فى هدم الطلقة والطلقتين ولا يتحقق فى الأمة إلا هدم طلقة واحدة ، لا لأنه لاهدم فى الأمة أصلا (قوله وقال محمد لايهدم) والمسئلة مختلفة بين الصحابة ، فروى محمد عن أبى حنيفة عن حماد بن أبى سليمان عن سعيد بن جبير

قال : النكاح جائز والشرط جائز حتى إذا لم يطلقها الثانى بعد وطئه إياها يجبره القاضى على ذلك ، وتحل للزوج الأول إذا طلقها الثانى برأيه أو بأمر القاضى إياه . قال الإمام ظهير الدين : هذا البيان لم يوجد فى غيره من الكتب (وإذا طلق امرأته الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ، ويهدم الزوج الثانى التطليقة والتطليقتين كما يهدم الثلاث (يعنى أنه يجعل ذلك الباقى من الملك الأول كأن لم يكن ، ولا تحرم الحرمة الغليظة إلا إذا طلقها ثلاثا جمعا أو فرادى (عند أبى حنيفة وأبى يوسف) وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر (وقال محمد) وزفر والشافعى (لايهدم) ويبقى الزوج مالكا بما بقى من الأول ، وتحرم الحرمة الغليظة إذا انتهى ذلك ، وهو قول عمر وعلى وأبى بن كعب وعمران بن حصين وأبى هريرة

لأنه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ، ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له »

قال : كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود إذ جاءه أعرابى فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين ثم انقضت عدتها فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم مات عنها أو طلقها ثم انقضت عدتها وأراد الأول أن يتزوجها على كم هى عنده ؟ فالتفت إلى ابن عباس وقال : ماتقول فى هذا ؟ قال : يهدم الزوج الثانى الواحدة والثنتين والثلاث ، واسأل ابن عمر ، قال : فلقيت ابن عمر فقال مثل ماقال ابن عباس . وروى البيهقى من طريق الشافعى بسنده عن عمر فى نحوه قال : هى عنده على ما بقى ،ونحوه عن على . ونقل عن أبى بن كعب وعمران بن الحصين فأخذ المشايخ من الفقهاء بقول شبان الصحابة وشبان الفقهاء بقول مشايخ الصحابة والترجيح بالوجه (قوله لأنه غاية للحرمة) أى لأن الزوج غاية للحرمة الثابتة بقوله تعالى ـ فلا تحل له ـ أى مطلقا لابنكاح ولا بملك يمين ـ حتى تنكح زوجا غيره ـ فيكون : أى الزوج منهيا للحرمة ، ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت : أى ثبوتها فاللام بدل الإضافة ولا ثبوت لها إلا بعد الثلاث فلا يكون منهيا قبلها ، فصار كما لو تزوجها قبل التزوج أو قبل إصابة الزوج الثانى حيث تعود بما بقى من التطليقات . قلنا : قد عملنا بالنص وجعلناه منهيا للحرمة فى صورة الحرمة الغليظة . لكن ثبت له وصف آخر بنص آخر وهو إثبات الحل مطلقا قلنا به وتركتم أنتم العمل به وهو الحديث المذكور آنفا . وجه الاستدلال أنه سماه محللا ، وحقيقته مثبت الحل كالمحرم والمسود والمبيض وغيرها مثبت الحرمة والسواد ونحو ذلك . فإن قلت : تقدم آنفا أن محمل الحديث الشارط للحل للعلم قطعا أنه من حيث هو مثبت للحل ليس متعلق اللعنة وإلا لتعلقت بالمتزوج تزويج رغبة فلابد من كون متعلق اللعنة على ما قالوا شارط الحل فلا يكون فيه دليل على أنه مثبت للحل الجديد شرعا لأنه لم يرد بالمحلل مثبت الحل بل شارطه . قيل : لاشك أن الزوج يثبت به الحل وهو المراد من مثبت الحل ، فالمعنى حينئذ : لعن الله مثبت الحل إذا شرط الحل ، فلا يكون شارط الحل مرادا بلفظ من التركيب المذكور بل كله مضمر ، ففيه حينئذ دليل على أن الزوج مثبت الحل وتعليق اللعنة به إذا شرطه ، وبه يندفع ماقدمناه ، ويظهر أن المراد من قول المصنف فيما تقدم وهو محمل الحديث أن محمله لعنة المحلل إذا شرطه لأن المراد بالمحلل فى لفظ الحديث هو الشارط للحل لما بينا من أنه لابد من كونه مثبتا له. نعم يرد عليه ماقيل إنه لما جعل محللا فى صورة الحرمة الغليظة فلايلزم ثبوته فى غيرها. وأجيب بأنه يثبته فيها بدلالته لأنه لما كان محللا فى الغليظة ففى الخفيفة أولى . وأيضا بالقياس عليه فى صورة الحرمة الغليظة بجامع كونه زوجا لأن صورة الحرمة الغليظة محل والحل لايدخل فى التعليل ، لأنه لو دخل لانسد باب القياس لأن محل الأصل غير محل الفرع . وأورد عليه أن ذلك حيث يمكن ولا يمكن هنا لأن الحل ثابت فيه ، وتحصيل الحاصل محال . أجيب إن لم يقبل المحل أصل الحل يقبل ثبوت وصف

فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة ، والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة . استدل محمد بأن الزوج الثانى غاية للحرمة بالنص ، قال الله تعالى ـ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ـ على ما تقدم ، وكل ما كان غاية للحرمة فهو منه لها ، لأن المغيا ينتهى بالغاية فيكون الزوج الثانى منهيا للحرمة ، ولا انتهاء للحرمة قبل ثبوتها ، وليست بثابتة قبل وقوع الثلاث (**ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له »**) ووجه الاستدلال أن أهل الحديث أوردوه فى باب ماجاء فى الزوج الثانى ، وكان المراد بالمحلل

سماه محللا وهو المثبت للحل (وإذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتى وتزوجت ودخل بى الزوج وطلقنى وانقضت عدتى والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج أن يصدقها إذا كان فى غالب ظنه أنها صادقة) .

الكمال فيه ، بأن يصير بحيث يملك تجديده بعد الطلقة والطلقتين ، وما صلح سببا لأصل الشيء صلح سببا لوصفه بالطريق الأولى ، وفيه نظر ، إذ غاية ماتحقق من الشارع تسميته محللا . ومفهومه لايزيد على أنه مثبت لمجرد الحل وهو حاصل فى المتنازع فيه ، وكون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه ، وثبوته كذلك فى صورة الحرمة الغليظة ليس منه بل باتفاق الحال ، وهو أنه محل ابتدأ فيه الحل لاستيفاء الزوج ماله من الطلقات قبله . وحيث ابتدأ ثبوت الحل كان ثلاثا شرعا ، فظهر أن القول ما قاله محمد وباقى الأئمة الثلاثة ، ولقد صدق قول صاحب الأسرار : ومسئلة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهها ويصعب الخروج منها ، وقد يستدل على المطلوب بحديث العسيلة حيث قال صلى الله عليه وسلم « أتريدين أن تعودى إلى رفاعة ؟ قالت نعم ، قال لا حتى تذوقى عسيلته» فغيا عدم العود بالذوق . فعنده ينتهى عدمه ويثبت هو ، والعود هو الرجوع إلى الحالة الأولى وهى مايملك فيها الزوج ثلاث تطليقات ، وليس بشيء لصدق حقيقته قبل الزوج الثانى لو قال بعد الطلقة والطلقتين بلا تحلل زوج أتريدين أن تعودى إلى فلان صدق حقيقته وإن كان العود لا إلى مايملك به ثلاثا . فالحاصل أن العود إلى عين الحالة الأولى محال ، فالمراد العود إلى شبهها وذلك يصدق بمجرد ملك النكاح والحل لانتفاء اشتراط عموم وجه التشبيه (قوله فقالت قد انقضت عدتى وتزوجت ودخل بى الزوج وطلقنى وانقضت عدتى) فى النهاية : إنما ذكر إخبارها هكذا مبسوطا ، لأنها لو قالت حللت لك فتزوجها ثم قالت لم يكن الثانى دخل بى . إن كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق وإلا تصدق ، وفيما ذكرته مبسوطا لاتصدق فى كل حال . وعن السرخسى : لايحل له أن يتزوجها حتى يستفسرها للاختلاف بين الناس فى حلها بمجرد العقد . وفى التفاريق : لو تزوجها ولم يسألها ثم قالت ماتزوجت أو مادخل بى صدقت إذ لايعلم ذلك إلا من جهتها . واستشكل بأن إقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته فكانت متناقضة فينبغى أن لايقبل منها ، كما لو قالت بعد التزوج بها كنت مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو منكوحة الغير

الزوج الثانى (سماه محللا وهو المثبت للحل) ثم الحل الذى يثبت به إما أن يكون الحل السابق ، أو حلا جديدا لاسبيل إلى الأول لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين الثانى ، وبالضرورة يكون غير الأول والأول حل ناقص وكان الجديد كاملا ، وهو ما يكون بالطلقات الثلاث ، فإن قيل : سلمنا أن المحلل هو المثبت للحل وأن يكون ذلك حلا جديدا لكنه يقتضى أن يكون ذلك فى المطلقة ثلاثا لأمرين : أحدهما ماذكره المصنف أن محمله هو شرط التحليل وذلك لايكون إلا فى المطلقة ثلاثا . والثانى أن الحل قبل ذلك ثابت فيصرف إلى ما ليس بثابت عملا بالحقيقة . فالجواب أنا قد ذكرنا لقوله وهو محمله معنيين : أحدهما ماذكرت وليس بمرضى . والثانى أن محمله الكراهة لاالفساد ، وحينئذ يندفع الأمر الأول ، فإن الحل وإن كان قبل ذلك ثابت لكن إطلاق المحلل يقتضى أن يكون الزوج الثانى على الإطلاق محللا ، فصرفه إلى بعض الصور تقييد بلا دليل ، والثابت به غير الثابت قبله على ماذكرناه فكانت المطلقة ثلاثا وغيرها سواء وبه يندفع الأمر الثانى (وإذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتى)

(قوله فالجواب أنا قد ذكرنا لقوله وهو محمله الخ) أقول : وكان يمكن له أن يجيب بأن شرط الحل متمش فى غير المطلقة ثلاثا ، فإنا نقول : يثبت بالزوج الثانى الحل الجديد للزوج الأول فيملكها بثلاث تطليقات (قوله وحينئذ يندفع الأمر الأول) أقول : فيه بحث .

لأنه معاملة أو أمر ديني لتعلق الحل به ، وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر إذا كانت المدة تحتمله . واختلفوا في أدنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة .

أو محرما أو كان العقد بغير شهود ، ذكره في الجامع الكبير وغيره ؛ بحيث قولها لم تنقض عدتي . ولو قال الزوج لها ذلك وكذبته تقع الفرقة كأنه طلقها ، ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى أو كماله إن دخل بها انتهى من قائله . ثم رأيت في الخلاصة مايوافق الإشكال المذكور ، قال في الفتاوى في باب الباء: لو قالت بعد ماتزوجها الأول ماتزوجت بآخر وقال الزوج الأول تزوجت بزوج آخر ودخل بك لاتصدق المرأة انتهى . ولو قال الزوج الثاني النكاح وقع فاسدا لأني جامعت أمها إن صدقته المرأة لاتحل للزوج الأول وإن كذبته تحل ، كذا أجاب القاضي الإمام . ولو قالت دخل بي الثاني والثاني منكر فالمعتبر قولها ، وكذا على العكس . وفي النهاية ولم يمر بي : لو قال المحلل بعد الدخول كنت حلفت بطلاقها إن تزوجتها هل تحل للأول ؟ قلت : يبنى الأمر على غالب ظنها ، إن كان صادقا عندها فلا تحل له ، وإن كان كاذبا تحل . وعن الفضلي : لو قالت تزوجني فإني تزوجت غيرك فطلقني وانقضت عدتي فتزوجها ثم قالت ماتزوجت صدقت إلا أن تكون أقرت بدخول الثاني ، كأنه والله أعلم يحمل قولها تزوجت على العقد ، وقولها ماتزوجت على معنى ما دخل بي لاعلى إنكار ما اعترفت به ، ولذا قال : إلا أن تكون أقرت بدخول الثاني فإنه لم يقبل قولها فإنها حينئذ تكون مناقضة صريحة . وسئل نجم الدين النسفي عن رجل حلف بالطلاق الثلاث وظن أنه لم يحنث فأفتيت المرأة بوقوع الثلاث وخافت إن أعلمته بذلك أن ينكر هل لها أن تستحل بعد مايفارقها بسفر وتأمره إذا حضر بتجديد العقد ؟ قال : نعم ديانة (قوله لأنها معاملة) أنث الضمير وإن كان مرجعه وهو النكاح مذكرا لتأنيث خبره وفي غير نسخة لأنه على الأصل (وقول الواحد فيهما مقبول) كالوكالات والمضاربات والإذن في التجارات ، ولذا يقبل قول الإماء والعبيد في الهدية (قوله وهو غير مستنكر إذا كانت المدة تحتمله) أفاد أن تصديقها إذا وقع في قلبه صدقها مشروط باحتمال المدة ذلك (قوله وسنبينها في العدة) قال في النهاية : وقعت هذه الحوالة غير رائجة لأنه لم يذكرها في العدة ولا في غيرها . وأجاب

على ماذكره في الكتاب ظاهر . وقوله (واختلفوا في أدنى هذه المدة) قال أبو حنيفة : لاتصدق في أقل من ستين يوما . وقال أبو يوسف ومحمد : تصدق في تسعة وثلاثين يوما ، وتخريج قولهما أنه يجعل كأنه طلقها في آخر جزء من أجزاء الطهر ، وحيضها أقل الحيض ثلاثة ، وطهرها أقل الطهر خمسة عشر يوما ، فالثلاثة إذا كانت ثلاث مرات كانت تسعة والطهران ثلاثون يوما ، فلذلك صدقت في تسعة وثلاثين يوما لأنها أمينة أخبرت بما هو محتمل فوجب قبول قولها . وأما تخريج قول أبي حنيفة فيجعل كأنه طلقها في أول الطهر تحرزا عن إيقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع ، وطهرها خمسة عشر يوما لأنه لاغاية لأكثر الطهر فقدرناه بأقله ، وحيضها خمسة لأن من النادر أن يكون حيضها أقل الحيض ، أو يمتد إلى أكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك ، وهو خمسة فثلاثة أطهار كل طهر خمسة عشر فيكون خمسة وأربعين ، وثلاث حيض كل حيض خمسة يكون خمسة عشر يوما فذلك ستون يوما ، وهذا على ماذكره محمد . وأما على رواية الحسن عنه فيجعل كأنه طلقها في آخر الطهر لأن التحرز عن تطويل العدة واجب ، وإيقاع الطلاق في آخر الطهر أقرب إلى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة ، لأنا لما قدرنا طهرها بأقل المدة نظرا لها يقدر حيضها بأكثر المدة نظرا للزوج ، وثلاث حيض كل حيضة عشرة ثلاثون ، وطهران كل طهر خمسة عشر فذلك ستون يوما . وقوله (وسنبينها في باب العدة) قال في النهاية :

. . . .

بعضهم بأنه لم يقل فى العدة من هذا الكتاب فيمكن أن يكون أراد فى عدة غير هذا الكتاب ، ومثل هذا مما يقضى العجب من تسطيره فى الأوراق ممن هو من أهل العلم ولا توفيق إلا بالله ، وإذا لم يعرف بيانها فى الكتاب تعين تعيينها فى الشرح ، وذكر نبذة من الخلاف . اختلف العلماء فى أقل ماتصدق إذا ادعت انقضاء العدة بالأقراء ، فقال أبو حنيفة : لاتصدق فى أقل من ستين يوما إن كانت حرة ، وقالا : أقلها تسعة وثلاثون يوما . وقال شريح : لو ادعت ثلاث حيض فى شهر وجاءت بالبينة من النساء العدول من بطانة أهلها أنها رأت الحيض وتغتسل عند كل قرء وتصلى فقد انقضت عدتها ، قال له علىّ رضى الله عنه : قالون ومعناه بالرومية أحسنت . ومذهب الشافعى رحمه الله أنها اثنان وثلاثون ولحظتان إن وقع الطلاق فى الطهر ، وسبعة وأربعون يوما ولحظة إن وقع فى الحيض . وقال أبو ثور : سبعة وأربعون . وقال مالك فى الجواهر : أربعون . وقال إسحاق بن راهويه وأبو عبيد : إن كان لها أقراء معلومة تعرفها بطانة أهلها تصدق على مايشهد به ، وإلا لاتصدق فى أقل من ثلاثة أشهر . وقالت الحنابلة : تسعة وعشرون يوما إن قلنا أقل الطهر ثلاثة عشر ، وإن قلنا خمسة عشر تزداد أربعة أيام فيصير ثلاثة وثلاثين ، وما أحسن قول إسحاق وأبى عبيد ، وهذا لأن العادة أن الشهر الواحد لايشتمل على أكثر من حيضة واحدة وطهر فتكذبها العادة إذا أخبرت بما دونه ، والمكذب عادة كالمكذب حقيقة ؛ ألا ترى أن الوصى إذا قال أنفقت عليه مائة فى يوم لايصدق وإن احتمل صدقه بأن تكرر هلاك المشترى فى اليوم ، أو لايرى أن الله سبحانه وتعالى لما أقام الزمان مقام الأقراء فى الآيسة والصغيرة قدّر العدة بثلاثة أشهر فقال تعالى ـ واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ـ بخلاف ما إذا أشهد بما دون العادة فإنه حينئذ يثبت أن هذا من النادر ، وهذا هو المذكور فى وجه قول أبى حنيفة رأيت أن قول إسحاق ومن معه أولى به ، فإن لم يؤخذ بهذا ينبغى أن لايعدل عن قول أبى حنيفة وتخريجه على قول محمد أن يجعل مطلقا فى أول الطهر تفاديا من الطلاق عقيب الجماع فيحتاج إلى ثلاثة أطهار بخمسة وأربعين يوما كل طهر بخمسة عشر ، وثلاث حيض بخمسة عشر كل حيضة بخمسة أخذا بالوسط فيه ، وعلى قول الحسن بن زياد أن يجعل مطلقا فى آخر الطهر تفاديا من تطويل العدة فيحتاج إلى ثلاث حيض بثلاثين يوما اعتبارا للأكثر وطهرين بثلاثين يوما ، ثم يحتاج إلى مثلها فى حق الزوج الثانى وزيادة طهر خمسة عشر يوما ، وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ماتصدق فيه خمسة وثلاثون يوما طهر بخمسة عشر وهو الفاصل بين الحيضتين وحيضتان بعشرين . وعلى تخريج محمد أقله أربعون يوما الطهر الذى وقع الطلاق فى أوله ، والمتخلل ثلاثون وحيضتان بعشرة . وتخريج قولهما أن يجعل مطلقا فى آخر الطهر فطهران بثلاثين وثلاث حيض بتسعة اعتبارا لأقله ، ثم يحتاج إلى مثلها فى حق الزوج الثانى وزيادة طهر خمسة عشر يوما ، وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ماتصدق فيه أحد وعشرون يوما حيضتان بستة وطهر بخمسة عشر يوما ومثله للثانى وزيادة طهر : يعنى إذا جاءت بعد المدتين للمطلق ثلاثا تريد أن يتزوجها لايجوز حتى يحتسب مع المدتين طهر آخر فى كل تخريج جعل

وقعت هذه الحوالة حوالة غير رابحة لأنه لم يذكرها فى باب العدة ولا فى غيره . وردّ من حيث اللفظ والمعنى ، أما اللفظ فلأن مثل هذا يسمى وعدا لاحوالة ، فكان ينبغى أن يقول وعد غير منجز ، وأما المعنى فلأنه لم يقل فى باب العدة من هذا الكتاب فيجوز أن يكون وعده منجزا فى باب العدة من كتاب آخر . وأقول : الأول ظاهر ، والثانى خلاف الظاهر ، والله أعلم .

(باب الإيلاء)

الزوج فيه مطلقا فى آخر الطهر . لأن الزوج الثانى إذا جعل مطلقا فى آخره والفرض أن عدة الأول انقضت بأول الطهر لزم ماقلنا ، ولو كان علق طلاقها الثلاث بالولادة فولدت لم تصدق فى أقل من خمسة وثمانين يوما فى قوله على تخريج محمد . وعلى تخريج الحسن لم تصدق فى أقل من مائة يوم احتسابا للنفاس خمسة وعشرين ثم طهر بخمسة عشر ثم ثلاث حيض و ظهران بستين . وهذا لأن المرئى فى مدة النفاس لايكون حيضا بل بعده . وكون مابعده حيضا موقوف على تقدم طهر تام وهو ماقلنا . هذا فى حق الزوج الأول . ثم يحتاج فى الثانى إلى ستين على ماسمعت على التخريجين . وعند أبى يوسف تصدق فى حق الأول فى خمسة وستين يوما لأن نفاسها يقدر بأحد عشر يوما عنده لأن مدته أكثر من مدة الحيض ؛ فيقدر بأكثر من أكثره بيوم ثم بعد هذا بثلاث حيض وثلاثة أطهار . ويحتاج فى حق الثانى إلى ثلاث وثلاثة أيضا . وعند محمد تصدق فى أربعة وخمسين يوما وساعة لأنه لاغاية لأقل النفاس . فإذا قالت كان ساعة صدقت ثم الطهر بعده خمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران . ويحتاج فى حق الزوج الثانى إلى أربعة وخمسين يوما ثلاث حيض وثلاثة أطهار . وهذا فى حق الحرة . وأما فى حق الأمة فتخريجه على المذاهب غير خاف ؛ والله الموفق .

(باب الإيلاء)

تحريم الزوجة بأربعة طرق : الطلاق . والإيلاء . واللعان . والظهار . فبدأ بالطلاق لأنه الأصل . والمباح فى وقته . ثم أولاه الإيلاء لأنه أقرب إليه فى الإباحة . لأنه من حيث هو يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها فى الوطء . والتحقيق أن تحريمها ليس إلا بالطلاق فى الحال أو إلى انقضاء العدة ، غير أن ثبوته بأسباب الأصل والأشهر منها الابتداء به تنجيزا أو تعليقا فقدم . ثم أولى الإيلاء لأنه لايلزمه به المعصية . إذ قد يكون برضاها لخوف غيل على ولد وعدم موافقة مزاجها ونحوه فيتفقان عليه لقطع لجاج النفس . بخلاف الظهار واللعان فإنهما لاينفكان عن المعصية ، ولهذا قدم عليهما الخلع لأنه أيضا لايستلزمها لجواز أن تسأله لا لنشوز بل لقصد التخلى للعبادة أو لعجز عن أداء حقوق الزوج والقيام بأموره . وإنما قدم الإيلاء عليه مع اشتراكهما فى عدم

(باب الإيلاء)

قال فى النهاية : ذكر فى الأسرار فى أول كتاب الطلاق منه : التحريمات التى تنفذ من الزوج بحكم ملك النكاح أربعة أنواع : الطلاق ، والإيلاء ، واللعان ، والظهار . ثم قال : فيبدأ بالطلاق لأنه الأصل والمباح للزوج فى وقته . ثم أدنى درجة منه فى الإباحة الإيلاء ، لأنه من حيث أنه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على ما يجىء ، وكان أدنى منه فى الإباحة . وهو فى اللغة عبارة عن اليمين . يقال آلى يولى إيلاء : إذا حلف . وفى الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعدا منعا مؤكدا باليمين . وسببه سبب الطلاق الرجعى وهو عدم الموافقة ، وهما متشابهان فى أن الإبانة فيهما موقتة إلى وقت . لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعى لأن التدارك فيه لايستعقب مكروها . ومنهم من يختار الإيلاء لما أن التدارك فيه غير متضمن

(باب الإيلاء)

. . . .

استلزام المعصية والانفكاك عنها لاختصاصه هو بزيادة تسمية المال فهو منه بمنزلة المركب من المفرد . والإيلاء لغة اليمين ، والجمع الألايا . قال الشاعر :

قليل الألايا حافظ ليمينه   وإن بدرت منه الألية برت

وفعله آلى يولى إيلاء كتصريف أعطى . وفى الشرع : هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق مايستشقه على القربان ، وهو أولى من قوله فى الكنز : الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر ، لأن مجرد الحلف يتحقق فى نحو قوله إن وطئتك فلله علىّ أن أصلى ركعتين أو أغزو ، ولا يكون بذلك موليا ، لأنه ليس مما يشق فى نفسه وإن تعلق إشقاقه بعارض ذميم فى النفس من الجبن والكسل ، بخلاف إن وطئتك فعلىّ حج أو صيام أو صدقة فالمولى حينئذ من لايخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو لزوم مايشق عليه . وهو أولى من قولهم من لايخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو الكفارة لقصور هذا عن نحو إن قربتك فعبده حر أو فلانة طالق. وأما ركنه فهو الحلف المذكور ، وشرطه محلية المرأة وأهلية الحالف وعدم النقص عن أربعة أشهر ، والأول بالزوجية والثانى بأهلية الطلاق عنده . وعندهما بأهلية الكفارة فيصح إيلاء الذمى عنده بما فيه كفارة نحو والله لاأقربك ، فإن قربها لاتلزمه كفارة ، وإن مضت المدة بلا قربان بانت بتطليقة ولا يصح عندهما ، أما لو آلى بما هو قربة كإن قربتك فعلىّ حج أو صلاة أو صوم فلا يصح اتفاقا ، ولو آلى بما لايلزم قربة كإن قربتك فعبدى حر ونحوه صح اتفاقا ، وحكمه لزوم الكفارة أو الجزاء المعلق بتقدير الحنث بالقربان ، ووقوع طلقة بائنة بتقدير البر ، وألفاظه صريح وكناية ؛ فالصريح نحو لا أقربك لا أجامعك لا أطؤك لا أباضعك لا أغتسل منك من جنابة ، فلو ادعى أنه لم يعن الجماع لم يدين فى القضاء ، والكناية نحو لا أمسك لا آتيك لا أغشاك لا ألمسك لأغيظنك لأسوئنك لا أدخل عليك لا أجمع رأسى ورأسك لا أضاجعك لا أقرب فراشك فلا يكون إيلاء بلا نية ويدين فى القضاء . وقيل الصريح لفظان : لا أجامعك ، لا أنيكك ، وهذه كنايات تجرى مجرى الصريح ، والأولى الأول لأن الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة أو مجازا لابالحقيقة ، وإلا لوجب كون الصريح لفظا واحدا وهو ثانى ماذكر . وفى البدائع : الافتضاض فى البكر يجرى مجرى الصريح ، والدنو كناية ، وكذا لا أبيت معك فى فراش ، ويخالفه مافى المنتقى لا أنام معك إيلاء بلا نية ، وكذا لايمس فرجى فرجك . فى الذخيرة : وفى جوامع الفقه مايخالفه قال : لايمس جلدى جلدك لايصير موليا لأنه يمكن أن يلف ذكره بشىء . وفى المرغينانى : يحنث بمس الفرج دون الجماع فليس بمول ؛ قيل فيه بعد وهو حق لأن الفرض كون الجماع هو المراد ولذا كان كناية مفتقرة إلى النية وهو فرع أن يراد به ذلك ، ولايحنث إلا بالجماع فيكون موليا . وفى التحفة : لوقال أنا منك مول فإن عنى الخبر كذبا فليس بمول فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق فى القضاء لأنه خلاف الظاهر لأن هذا إيجاب فى الشرع ، وإن عنى به الإيجاب فهو مول فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لأنه أوجب الإيلاء

نقصان عدد الطلاق ، بخلاف الطلاق الرجعى . وشرطه أن يكون صادرا من أهل الطلاق عند أبى حنيفة ، أو من أهل وجوب الكفارة عندهما فى منكوحته فى مدة أربعة أشهر فصاعدا . وركنه أن يقول : والله لاأقربك أربعة أشهر ونحوه ، أو يقول : إن قربتك فعبدى حر وأمثاله . وحكمه لزوم الكفارة بالقربان فى الأول ولزوم الجزاء فى الثانى ، ووقوع تطليقة بائنة إذا مضت مدة الإيلاء فهو يمين يترتب على الحنث والبرّ فيه شىء ، ومن هذا قيل

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

(وإذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول) لقوله تعالى ـ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ـ الآية (فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة) لأن الكفارة موجب الحنث (وسقط الإيلاء)

بهذا اللفظ . ولو قال أنت على مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته ، فإن نوى الإيلاء كان موليا لأنه شبهها بها في اليمين ، وإن لم ينو اليمين ولا التحريم لايكون موليا . ولقائل أن يقول : الإيلاء الحلف الخ ، وقوله أنت على مثل امرأة فلان أو أنا مول ليس فيه صيغة حلف إنشائية ولا تعليقية ، لأن معنى الحلف قوله والله لاأقربك ونحوه أو إن قربتك ، وليس قوله أنت مثلها إياه ولا محققا لوجوده لفرض عدم وجوده سابقا ولاحقا ، إلا أن هذا جواب الرواية ، صرح به الحاكم أبو الفضل في مختصره . وفيه : لو آلى من امرأته ثم قال لأخرى أشركتك في إيلاء هذه كان باطلا . ولو قال : إن قربتك فعلي يمين أو كفارة يمين فهو مول . والجواب أن قوله أنا منك مول معناه أنا منك حالف ، ومعلوم أن انعقاد اليمين بقوله احلف فقط كما ينعقد بقوله احلف بالله فينعقد بقوله أنا حالف ، وكذا التشبيه المذكور يئول إليه . ولو قال : لا وطئتك في الدبر أو فيما دون الفرج لم يصر موليا ، خلافا لمالك رحمه . ولو قال : لا جامعتك إلا جماع سوء سئل عن نيته ، فإن قال أردت الوطء في الدبر صار موليا ، وإن قال أردت جماعا ضعيفا لايزيد على نحو التقاء الختانين فليس بمول ، وكذا إن لم تكن له نية ، وإن قال أردت دون ذلك فهو مول (قوله ولزمته الكفارة) ليس حكم المولى مطلقا على تقدير الحنث بل حكم هذا المولى المذكور في قوله إذا قال الرجل والله الخ لما ستعرف أن المولى قد لايكون حكمه الكفارة بذلك التقدير . وقال الشافعي رحمه الله في القديم : لا كفارة في خصوص هذا الحنث لأنه تعالى وعد المغفرة بتقدير الفيء ، والمراد الجماع لأنه في الأصل الرجوع ، وبالجماع يتحقق الرجوع عن ذلك الترك ، قال الله تعالى ـ فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ـ وقوله الجديد كقولنا لأن وعد المغفرة بسبب الفيئة التي هي مثل التوبة لاينافي إلزام الكفارة بل ثبت في الشرع انفكاك التلازم بين هذين الحكمين الدنيوي والأخروي : أعني المغفرة وسقوط الكفارة ، وثبوت أحدهما مع نقيض الآخر مستمر في كل حلف على معصية إذا حنث الحالف فيها توبة ، فإن التوبة تثبت مع عدم سقوط الكفارة فيها إعمالا لإطلاق قوله تعالى ـ ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته ـ الآية ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم في الصحيح « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير » وهو قول الأربعة والجمهور . وقال الحسن : لا كفارة عليه . قال قتادة : خالف الحسن الناس (قوله وسقط الإيلاء)

المولى هو من لايخلو عن أحد المكروهين (وإذا قال الرجل لامرأته والله لاأقربك ، أو قال والله لاأقربك أربعة أشهر فهو مول لقوله تعالى ـ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ـ الآية ، فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة ، لأن الكفارة موجب الحنث) وقال الشافعي : لاتلزمه الكفارة لأن الله تعالى قال ـ فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ـ وعد المغفرة ، والمغفور لايجب عليه عقوبة . قلنا : وعد المغفرة في الآخرة ، وذلك لاينافي وجوب الكفارة في الدنيا (وسقط الإيلاء) على معنى أنه لو مضت أربعة أشهر لايقع الطلاق

(قوله وإذا قال الرجل لامرأته) أقول : أي الغير الحائضة (قوله أو قال والله الخ) أقول : يعني لامرأته سواء كانت حائضة أو طاهرة (قوله وقال الشافعي) أقول : في القديم .

لأن اليمين ترتفع بالحنث (وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة) وقال الشافعي: تبين بتفريق القاضي

بإجماع العلماء على معنى أنه لو مضت أربعة أشهر لايقع طلاق آخر لأن اليمين تنحل بالحنث (قوله وقال الشافعي: تبين بتفريق القاضي) لم يقل الشافعي تبين، بل قال يقع رجعيا سواء طلق الزوج بنفسه أو الحاكم، وبه قال مالك وأحمد. ورجح بأن الواقع طلاق والطلاق يعقب الرجعة إلا الثابت بالنص. والجواب منع كلية الكبرى، وتقدم وجه دفعه فى الكنايات، غير أنه يستدعى سببا، والسبب هنا أنه وقع للتخلص من الظلم، والرجعى لايفيد ذلك لأنه بسبيل من أن يردها إلى عصمته ويعيد الإيلاء فتعين البائن لتملك نفسها وتزول سلطنته عليها جزاء لظلمه مع ورود الآثار فى ذلك كما ستقف على انتهاضها بإثباته. ثم الخلاف فى موضعين: أحدهما أن الفىء عنده يكون قبل مضى المدة ويكون بعدها وعند مضيها يوقف إلى أن يفىء أويطلق لقوله تعالى - فإن فاءوا - والفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفىء بعد المدة. وعندنا الفىء فى المدة لاغير. والجواب أن الفاء لتعقيب المعنى فى الزمان فى عطف المفرد كجاء زيد فعمرو، وتدخل الجمل لتفصيل مجمل قبلها وغيره، فإن كانت للأول نحو - فقد سألوا موسى أكبر من ذلك فقالوا أرنا الله جهرة - ونادى نوح ربه فقال رب إن ابنى من أهلى - ونحو: توضأ فغسل وجهه ويديه ورجليه ومسح رأسه فلا يفيد ذلك التعقيب، بل التعقيب الذكرى بأن ذكر التفصيل بعد الإجمال، وإن كانت لغيره فكالأول كجاء زيد فقام عمرو، وكل من التعقيبين جائز الإرادة فى الآية؛ المعنوى بالنسبة إلى الإيلاء، - فإن فاءوا - أى بعد الإيلاء، والذكرى فإنه لما ذكر تعالى أن لهم من نسائهم أن يتربصن أربعة أشهر من غير بينونة مع عدم الوطء كان موضع تفصيل الحال فى الأمرين، فقوله تعالى - فإن فاءوا - إلى قوله - سميع عليم - واقع بهذا المعرض فيصح كون المراد - فإن فاءوا - : أى رجعوا عما استمروا عليه بالوطء فى المدة تعقيبا على الإيلاء التعقيب الذكرى أو بعدها تعقيبا على التربص - فإن الله غفور - لما حدث منهم من اليمين على الظلم وعقد القلب على ذلك بسبب الفيئة التى هى توبة، أو غفور للحنث فى اليمين إن كان برضاها لغرض تحصين ولد عن الغيل ونحوه رحيم بشرع الكفارة كافية عنه، فنظرنا فإذا قراءة ابن مسعود «فإن فاءوا فيهن» ترجح أحد الجائزين وهو كون الفىء فى المدة، إما باعتبار أن الأصل توافق القراءتين شاذتين كانتا أو إحداهما شاذة فتنزل تفسيرا للمراد بالأخرى، وإما باعتبار أنها تستقل بإثبات كونه فى المدة إذ لاتعارض القراءة المشهورة لأنها أعم من كونها فيها أو بعدها بناء على أنها حجة عندنا، وإن أبى الخصم ورد المختلف إلى المختلف يتم إذا أثبت الأصل، ولا شك أن القراءة الشاذة إنما يقرؤها الراوى خبرا عن صاحب الوحى قرآنا فانتفاء القرآنية لعدم الشرط وهو التواتر انتفاء الأخص، فإن القرآنية أخص من الخبرية، وانتفاء الأخص لايستلزم انتفاء الأعم، فدار الأمر بين كونها قرآنا أو خبرا عن صاحب الوحى، وذلك دوران بين الحجية على وجه وبينها على وجه آخر لابين الحجية وعدمها. فإن قيل: حاصل المفاد بها جواز الفىء فى المدة. ونحن لاننكر ذلك، وإنما الكلام فى أن له أن يفىء بعدها، وتنحل يمينه إذا لم يفىء فيها أولا بل بمجرد مضيها وقع الطلاق فلا يتمكن من الفىء أثبتناه، والقراءة المذكورة لاتنفيه. قلنا: ليس كذلك فإنه تعالى جعل حكم الإيلاء على هذه القراءة أن يفىء فى المدة أو يثبت الطلاق بتطليقه أو تطليق القاضى على الخلاف

(لأن اليمين ترتفع بالحنث. وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة) لأن معنى الإيلاء عندنا: إن مضت أربعة أشهر ولم أجامعك فأنت طالق تطليقة بائنة. وعند الشافعى لاتقع الفرقة بمضى المدة، ولكنه توقف بعد المدة على أن يفىء إليها أو يفارقها. فإن أبى أن يفعل (تبين بتفريق القاضى) بينهما، وكان التفريق تطليقة بائنة

لأنه مانع حقها فى الجماع فينوب القاضى منابه فى التسريح كما فى الجب والعنة . ولنا أنه ظلمها بمنع حقها

هذا هو المفاد بقوله تعالى ـ فإن فاءوا ـ فيهن فكذا ـ وإن عزموا الطلاق ـ فكذا على ماعرف من التأويل لأن الترديد مأخوذ فى كل قسم منه نقيض الآخر ، أى وإن عزموا الطلاق . فلم يفيئوا فيها وهو لازم فإنهم لو فاءوا فيهن لم تبق عزيمة الطلاق فلزم بالضرورة أن لا فىء إلا فى المدة . الثانى أن بمضى المدة تقع الفرقة بينهما طلاقا بائنا وعنده لايكون إلا بطلاقه أو بطلاق القاضى لقوله تعالى ـ وإن عزموا الطلاق ـ فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضى المدة لم يتصور العزم عليه ، ولأن النص يشير إلى أنه مسموع وهو قوله ـ فإن الله سميع عليم ـ والوجه الذى ذكره المصنف وحاصله إلحاق المولى بالعنين فى حكم هو إلزامه بالطلاق ، فإن لم يفعل طلق عليه بجامع أنه امتنع عن الإمساك بمعروف فيؤمر بالتسريح بإحسان ، وإلا كان موقعا من غير إيقاع . والجواب قوله لايتصور العزم عليه لو وقع بمجرد انقضاء المدة ممنوع ، بل إذا فرض وقوعه عندها كان عزيمة الطلاق عزمه على الاستمرار على الترك حتى يتم ، فمعنى ـ فإن عزموا الطلاق ـ فإن استمروا على ذلك الترك حتى تنقضى المدة ـ فإن الله سميع ـ بما يقارن هذا الترك والاستمرار من المقاولة والمجادلة وحديث النفس به كما يسمع وسوسة الشيطان ـ عليم ـ بما استمروا عليه من الظلم . وفيه معنى الوعيد على ذلك ، واندرج فى هذا جواب الثانى . وعن الأخير بأن العنين ليس بظالم فناسبه التخفيف عليه ولذا كان أجله أكثر ، والمولى ظالم بمنع حقها فيجازى بوقوعه بنفس الانقضاء . ولا نسلم أنه بلا إيقاع بل الزوج بالإيلاء موقع . فقد كان فى الجاهلية تنجيزا فجعله الشارع مؤجلا . أو نقول : جاز أن يحكم بوقوعه عند استمرار ظلمه هذه المدة من غير لفظ الطلاق ، وهذا لأن حقيقة الطلاق إنما هى رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح ، ولفظ أنت طالق الآلة التى يثبت هو عندها شرعا ولم يقصر الشرع ثبوته على اللفظ ، ألا يرى أنه حكم بثبوته عند كتابته على ماتقدم وليست الكتابة لفظا فلا بعد أن يحكم به عند ظلمه بمنعه حقها هذه المدة . لايقال : كيف يكون ظالما بذلك وهو بوطئه واحدة لايطلق عليه القاضى ولا يلزمه بغيرها فهو ليس بظالم . لأنا نقول : ذلك فى الحكم ، فأما فى الديانة فيما بينه وبين الله تعالى فعليه أن يجامعها أحيانا ليعفها ، فإن أبى كان عاصيا . والنصوص من السنة والآثار تفيد ذلك ، لكن بقى أن يقال هذا كله تجويز لوقوعه كذلك ونقول بجوازه ، لكن الكلام فيما هو الثابت بمقتضى دلالة الدليل وهو ماقلنا ، فإن الآية وإن صح فيها كون العزم على الطلاق بالمعنى الذى قلتم لكن الظاهر منها ماقلنا . والجواب أن قراءة ابن مسعود لما أفادت أن لا فىء بعد المدة لزم انتفاء قولكم من إلزامكم بأحد الأمرين من الفىء أو الطلاق فثبت أن المراد بها ماقلنا ، وإلا لزم إحداث قول ثالث وهو إلزامه بعد المدة بأمر واحد وهو الطلاق ، وهذا التقرير هو محمل استدلال المصنف حيث قال : ولنا أنه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة ، وإلا فظاهره أنه مصادرة لأنه استدلال بعين محل النزاع كأنه قال : فجازاه بذلك بالنص . وتقريره أن القراءة مفسرة بكون الفىء فى المدة بقراءة أخرى إلى آخر ماذكرنا ، واحتج أيضا بآثار وهى ما روى الدارقطنى قال : حدثنا أبو بكر الميمونى قال : ذكرت لأحمد بن حنبل حديث عطاء الخراسانى عن عثمان يعنى به ما سنذكره مما يوافق مذهبنا قال : لا أدرى ما هو قد روى عن عثمان خلافه . قيل له من رواه ؟ قال : حبيب بن أبى ثابت عن طاوس عن عثمان ، وما روى مالك فى الموطإ

(لأنه مانع حقها فى الجماع فينوب القاضى منابه فى التسريح كما فى الجب والعنة . ولنا أنه ظلمها بمنع حقها)

فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضيّ هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعليّ والعبادلة الثلاثة وزيد ابن ثابت رضوان الله عليهم أجمعين ، وكفى بهم قدوة ، ولأنه كان طلاقا فى الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة

عن جعفر بن محمد عن أبيه عن عليّ بن أبى طالب رضى الله عنه أنه كان يقول : إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق ، فإن مضت الأربعة الأشهر توقف حتى يطلق أو يفيء . وما روى البخارى عن ابن عمر بسنده أنه كان يقول فى الإيلاء الذى سمى الله تعالى لاتحل بعد ذلك الأجل إلا أن يمسك بالمعروف أو يعزم بالطلاق كما أمر الله تعالى . وقال : أى البخارى : قال لى إسماعيل بن أبى أويس : حدثنى مالك عن نافع عن ابن عمر قال : إذا مضت أربعة أشهر توقف حتى يطلق ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق انتهى . وقال الشافعى : حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار قال : أدركت بضعة عشر رجلا من الصحابة كلهم يقول يوقف المولى . وقال بعضهم : روى سهيل بن أبى صالح عن أبيه قال : سألت اثنى عشر رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ليس عليه شيء حتى تمضى أربعة أشهر . قلنا : الآثار الأربعة الأول معارضة . أما الأول فبما روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عطاء الخراسانى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن أن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت كانا يقولان فى الإيلاء : إذا مضت أربعة أشهر فهى تطليقة واحدة وهى أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة . وهذا أولى لأن سنده جيد موصول ، بخلاف ذلك فإن حال رجاله لايعرف إلى حبيب ، وهو أيضا أعضله ، ولا يعلم أن طاوسا أخذ عن عثمان فهو منقطع . وأما الثانى فبما أخرج عبد الرزاق : أنبأنا معمر عن قتادة أن عليا وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم قالوا : إذا مضت أربعة أشهر فهى تطليقة وهى أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة ، وكل منهما مرسل ، فإن رواية محمد بن على بن الحسين بن على بن أبى طالب رضى الله عنهم مرسلة ، وكذا قتادة وهما متعاصران ، وتوفى قتادة سنة سبع عشرة أو ثمان عشرة ومائة على اختلاف الأقوال ، وكذا توفى محمد بن على سنة سبع عشرة فى قول . وقال غير واحد : سنة ثمانى عشرة ، وقيل سنة أربع عشرة ، وقيل خمس عشرة ، وقيل ست

وهو الوطء فى المدة (فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضيّ هذه المدة) تخليصا لها عن ضرر التعليق ، ولا يحصل التخليص بالرجعى فوقع بائنا (وهو المأثور عن عثمان وعلى والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت) وهم عند الفقهاء عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر ، وعند المحدثين هم أربعة : ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو ، ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود . واعترض بأن الزوج إنما يكون ظالما بمنع حقها إذا لم يكن وطئها مرة ، وأما إذا وطئها فقد سقط حقها . وأجيب بأن حقها سقط بالجماع مرة واحدة فى القضاء ، وأما فى الديانة فلم يسقط ، وكان الجزاء بزوال النعمة بوقوع الطلاق بمنعه حقها ديانة ، وفيه نظر لأنه يستلزم أن لايحكم القاضى بوقوعه لأنه ليس بظالم عنده بعد الدخول مرة ، وليس كذلك (ولأن الإيلاء كان طلاقا فى الجاهلية) على الفور بحيث لايقربها الشخص بعد الإيلاء أبدا (فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة)

(قوله وأجيب بأن حقها سقط بالجماع الخ) أقول : والظاهر أن لها حقا فى الجماع فى كل أربعة أشهر مرة لاأقل ، يؤيده قصة عمر رضى الله عنه حين سمع من تلك المرأة ماسمع فسأل حفصة رضى الله عنها : كم تصبر المرأة عن زوجها الخ على مافصل فى الغاية (قوله وفيه نظر لأنه يستلزم أن لايحكم القاضى بوقوعه) أقول : كيف لايحكم وقد وقع الطلاق بلفظه السابق حين آلى لمنع حقها ديانة ، فإن الطلاق لايختص بالديانة غايته أنه يترتب على مايتعلق لها . نعم يرد على الشافعى لأن المفرق عنده هو القاضى فليتأمل ، أو التفصيل فى شرح الزيلعى وغيره ، ويفهم

(فإن كان حلف على أربعة أشهر فقد سقطت اليمين) لأنها كانت موقتة به

عشرة فاعتدلا فى هذا القدر . ثم المثبت من اشتهار قتادة بعظم الحفظ والإتقان والمحافظة على الأداء كما سمع بعينه أكثر وأشهر من المثبت لحمد . قال عبد الرزاق عن معمر : جاء رجل إلى ابن سيرين فقال : رأيت حمامة التقمت لؤلؤة فخرجت عنها أعظم مما دخلت ، ورأيت حمامة أخرى التقمت لؤلؤة فخرجت منها أصغر مما دخلت ، ورأيت أخرى التقمت لؤلؤة فخرجت كما دخلت سواء . فقال له ابن سيرين : أما التى خرجت أعظم مما دخلت فذاك الحسن يسمع الحديث فيجوّده بمنطقه ثم يصل فيه من مواعظه . وأما التى خرجت أصغر فذاك محمد بن سيرين ينتقص منه ويسأل . وأما التى خرجت كما دخلت فهو قتادة وهو أحفظ الناس انتهى . وفى تراجمه العجائب من حفظه . وأما الثالث والرابع فيما أخرجه ابن أبى شيبة قال : حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن حبيب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا : إذا آلى فلم يفئ حتى مضت أربعة أشهر فهى تطليقة بائنة . ورجال هذا السند كلهم أخرج لهم الشيخان فهم رجال الصحيح فينتهض معارضا ، ولم يبق إلا قول من قال بأن أصح الحديث ما روى فى كتاب البخارى ومسلم ، ثم ما كان على شرطهما إلى آخر ما عرف ، وقدمنا فى كتاب الصلاة أنه تحكم محض لأنه إذا كان الغرض أن المروى على نفس الشرط المعتبر عندهما فلم يفته إلا كونه لم يكتب فى خصوص أوراق معينة ولا أثر لذلك . وقول البخارى : أصح الأسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر لم يوافق عليه فقد قال غيره غيره . وقال المحققون : إن ذلك يتعذر الحكم به ، وإنما يمكن بالنسبة إلى صحابى وبلد فيقال : أصحها عن ابن عمر مالك عن نافع عنه ، وعن أبى هريرة : الزهرى عن سعيد بن المسيب عنه ، وأصح أسانيد الشاميين الأوزاعى عن حسان بن عطية عن الصحابة ، وأصح أسانيد اليمانيين معمر عن همام عن أبى هريرة ونحو ذلك ، وأحسن من هذا أيضا الوقوف على اقتحام هذه ، فإن فى خصوص الوارد ما قد يلزم الوقوف عن ذلك ، نعم قد يكون الراوى المعين أكثر ملازمة لمعين من غيره فيصير أدرى بحديثه وأحفظ له منه على معنى أكثر إحاطة بأفراد متونه ، وأعلم بعادته فى تحديثه وعند تدليسه إن كان وبقصده عند إبهامه وإرساله ممن لم يلازمه تلك الملازمة ، أما فى فرد معين فرض أن غيره ممن هو مثله فى ملكة النفس من الضبط أو أرفع سمعه منه فأتقنه وحافظ عليه كما يحافظ على سائر محفوظاته يكون ذلك مقدما عليه فى روايته بمعارضه ماهو إلا محض تحكم ، فإن بعد هذا الفرض لم يبق زيادة الآخر إلا بالملازمة ، وأثرها الذى يزيد به على الآخر إنما هو بالنسبة إلى مجموع متونه لا بالنسبة إلى خصوص متن ، وحينئذ فناهيك بسعيد بن جبير ، وقد روى عن ابن عمر وابن عباس خلافه . وأما رواية الشافعى عن سليمان فحاصلها أن قول جماعة من الصحابة كذلك ، وكذا ماذكر عن سهيل ، ولم يتبين من هم فيجوز كون بعضهم ممن تعارضت عنه الروايات مع اختلاف طبقاتهم فى علو الحال والفقه كما أسمعناك عمن ذكروا ، وكون من ذهب إلى خلاف المروى عنهم أفقه وأعلى منصبا ، ونحن قد أخرجنا ما قلناه عن الأكابر مثل عثمان وعلى بناء على ترجيح ما عارضنا

فلم يتصرف فيه إلا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقة أو تفريق القاضى . وقوله (فإن كان حلف) يعنى إذا مضت

ذلك من قول الشارح أيضا لأن معنى الايلاء عندنا الخ تأمل (قوله فلم يتصرف فيه إلا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقه أو تفريق القاضى) أقول : وفيه تأمل .

(وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية) لأنها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به إلا أنه لايتكرر الطلاق قبل التزوّج لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة (فإن عاد فتزوّجها عاد الإيلاء ، فإن وطئها وإلا وقعت بمضى أربعة أشهر تطليقة أخرى)

به ، وكذا عن زيد بن ثابت وهو من أكابرهم ممن أخذ ابن عباس رضى الله عنهم بركابه حين ركب وقال : هكذا أمرنا أن نفعل بعلمائنا ، وكذا عن ابن عباس فيما قدمنا ، وكذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه . أخرج الدارقطنى عن ابن إسحاق : حدثنى محمد بن مسلم بن شهاب عن سعيد بن المسيب وأبى بكر بن عبد الرحمن أن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه كان يقول : إذا مضت أربعة أشهر فهى تطليقة ، وهو أملك بردها مادامت فى عدتها. وابن إسحاق صرح فيه بالتحديث . وأخرج عبد الرزاق : حدثنا معمر وابن عيينة عن أيوب عن أبى قلابة قال : آلى النعمان من امرأته وكان جالسا عند ابن مسعود فضرب فخذه وقال : إذا مضت أربعة أشهر فاعترف بتطليقة . وأخرج نحو مذهبنا عن عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وأبى بكر بن عبد الرحمن ومكحول . وأخرج الدارقطنى نحوه عن ابن الحنفية والشعبى والنخعى ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وأبى سلمة وهذا ترجيح عام ، وهو أن كل من قال من الصحابة بالوقوع بمجرد المضى يترجح على قول مخالفه لأنه لم يكن بد من كونه محمولا على السماع ، لأنه خلاف ظاهر لفظ الآية ، فلولا أنه مسموع لهم لم يقولوا به على خلافه ، ومن قال كقولهم لم يظهر فى قولهم مثل ذلك لأنهم مع المتبادر من اللفظ فلا يلزم حمل قولهم على سماع ، واندرج فى هذا من روى عنهم الشافعى من الصحابة وسهيل ، على أنه ليس فى اللفظ المروى لسهيل حجة لأحد الفريقين أصلا (قوله وإن كان حلف على الأبد) هو أن يصرح بلفظ الأبد أو يطلق فيقول لا أقربك مقتصرا إلا أن تكون حائضا فليس بمول أصلا لأنه ممنوع بالحيض فلا يضاف المنع إلى اليمين ، وكذا لا أقربك حتى تقوم الساعة وحتى يلج الجمل فى سم الخياط يكون موليا (قوله إلا أنه لايتكرر) استثناء من لازم قوله فاليمين باقية فيما يتبادر فإنه يتبادر منه أن يقع أخرى عند مضى أربعة أشهر أخرى إذا كانت لم تنقض عدتها بعد ، وبه قال أبو سهل الشرغى ، وعليه مشى المرغينانى وصاحب المحيط لأن حاصل اليمين المطلقة كلما مضت أربعة أشهر لم أجامعك فيها فأنت طالق ، ولو صرح بذلك كان الحكم كذلك ، فكذا إذا صرح بملزومه ، والمختار قول الكرخى إنه لايقع إلا إذا تزوّجها ، وعليه مشى فى البدائع وتحفة الفقهاء وشرحى الإسبيجابى والجامع لأن وقوع الطلاق جزاء الظلم ، وقد تحقق فى الأول بالحلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانعقد إيلاء وثبت حكمه من الوقوع عند مضى الأشهر جزاءا

أربعة أشهر ولم يقربها فلا يخلو . أما إن كان حلف على أربعة أشهر أو على الأبد ؛ فإن كان الأول فقد سقط اليمين لأنها كانت موقتة به ، وإن كان الثانى فاليمين باقية لأنها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به ، إلا أنه لايتكرر الطلاق قبل التزوّج ، وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة إذ لا حق لها فى الجماع بعدها ، وهذا اختيار عامة المشايخ . وكان الفقيه أبو سهل الشرغى يقول : يتكرر الطلاق بتكرر المدة : يعنى إذا مضت مدة الإيلاء قبل انقضاء عدتها لأن الإيلاء فى حق الطلاق بمنزلة شرط متكرر فكأنه قال : كلما مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت طالق بائن ؛ ألا ترى أنه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها أربعة أشهر بانت فدل أنه بمنزلة شرط متكرر ، والأصح قول العامة لما ذكر فى الكتاب (فإن عاد فتزوّجها) بعد البينونة بمضى أربعة أشهر بعد انقضاء عدتها (عاد الإيلاء ، فإن وطئها) فى المدة (وإلا وقعت تطليقة أخرى بمضى أربعة أشهر أخرى

لأن اليمين باقية لإطلاقها ، وبالتزوّج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء **هذا الإيلاء من وقت التزوّج (فإن تزوّجها ثالثا** عاد الإيلاء ووقعت بمضى أربعة أشهر أخرى إن لم يقربها)لما بيناه (فإن تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق) لتقيده بطلاق هذا الملك وهى فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل

لظلمه ، وليس للمبانة حق الوطء فلا ينعقد الإيلاء ثانيا ابتداء فى حقها ، فلا يلزم حكم البر فيه ، بخلاف مالو آلى حال قيام النكاح ثم أبانها تنجيزا ثم مضت مدة الإيلاء وهى فى العدة حيث تقع الثانية لصحة الإيلاء لصدوره فى حال يتحقق به ظلمه فيكون إذا صح بمنزلة تعليق البائن . والبائن المعلق يلحق البائن المنجز فى العدة على ما أسلفناه فى ذيل الكنايات . وبهذا التقرير يتضح لك الجواب عن قول أبى سهل : إنه كقوله كلما مضت أربعة أشهر فأنت طالق ، وذلك لأن قوله والله لأقربك أربعة أشهر إنما صار بمنزلة قوله إذا مضت أربعة أشهر فأنت طالق إذا انعقد إيلاء شرعيا مستعقبا لحكمه من وقوع الطلاق بتقدير البر . وانعقاده إيلاء إنما يكون حال كونه ظالما لأن ذلك الحكم هو جزاؤه . فإذا لم يكن ظالما كان الثابت مجرد اليمين على ترك قربانها وهو أعم من الإيلاء فلا يستلزمه فيبقى يمينا دون إيلاء فلا يصير كقوله كلما مضت أربعة أشهر فأنت طالق فيوفر عليه حكم اليمين المجردة وهو الكفارة بالوطء ، كما لو قال لأجنبية والله لا أقربك أبدا ثم تزوجها فلم يطأها حتى مضت أربعة أشهر لاتطلق ، ولو وطئها كفر للحنث كذا هذا ، ولذا قلنا إذا تزوّجها بعد زوج آخر بعد وقوع الثلاث بواسطة تكرر النكاح فى الإيلاء المطلق يلزمه الكفارة لو وطئ وإن لم يقع الطلاق لو مضت المدة دون وطء (قوله ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوّج) أطلق فى ذلك وكذا فى الكافى ، وقيده فى النهاية والغاية تبعا للتمرتاشى والمرغينانى بما إذا كان التزوّج بعد انقضاء العدة ، فأما إن كان فيها اعتبر ابتداؤه من وقت الطلاق ، ومثله لو آلى من زوجته مؤبدا ثم طلقها واحدة بائنة لايبطل الإيلاء ، فإن مضت له أربعة أشهر وهو فى العدة وقعت عليها طلقة وإن مضت بعد انقضائها لايقع شىء ، فإن تزوجها بعد الانقضاء عاد الإيلاء ، ويعتبر ابتداؤه من وقت التزوّج فلا يحتسب بما مضى قبله ، فلو تزوّجها فى العدة احتسب به . قال فى شرح الكنز : وهذا لايستقيم إلا على قول من قال إن الطلاق يتكرر قبل التزوّج وقد بينا ضعفه انتهى ، فالأولى اعتبار الإطلاق كما فى الهداية (قوله لتقيده بطلاق هذا الملك) لأن الغرض منه المنع وذا إنما يحصل ببطلان حل يخاف بطلانه ، ولا يخاف بطلان حل سيوجد جديدا بعد التزوّج بغيره لأنه غالب العدم على وزان ماقدمنا فى مسئلة التنجيز ، وهو ما إذا علق طلاقها بالدخول

لأن اليمين باقية لإطلاقها ، وبالتزوّج حدث حقها فيتحقق الظلم) فيزال بالطلاق البائن . وقوله (ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوّج) قيل هو احتراز عما إذا تزوّجها قبل انقضاء العدة ، فإن ذلك الإيلاء يعتبر من وقت الطلاق لامن وقت التزوّج ، كذا ذكره التمرتاشى (فإن تزوجها ثانيا) وفى بعض النسخ ثالثا ولكل وجه ، أما الأول فبالنظر إلى التزوّج بعد الإيلاء ، وأما الثانى فبالنظر إلى التزوّج قبل الإيلاء ، والأول أظهر (عاد الإيلاء ووقعت بمضى أربعة أشهر أخرى تطليقة أخرى إن لم يقربها لما بينا) أن اليمين باقية لإطلاقها ، وبالتزوّج ثبت حقها فيتحقق الظلم ، فإن تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق (فإن وطئها كفر عن يمينه) أما عدم وقوع الطلاق فلتقيده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا أنه بمنزلة التعليق بعدم القربان ، وتعليق الطلاق ينحصر فى طلاق ذلك الملك الذى حصل فيه التعليق (وهى فرع مسئلة التنجيز الخلافية) فإنه يبطل التعليق عندنا خلافا لزفر (وقد مر من قبل) أى فى باب الأيمان فى الطلاق . قال فى المبسوط : وإذا آلى الرجل من امرأته لايقربها

(واليمين باقية) لإطلاقها وعدم الحنث (فإن وطئها كفر عن يمينه) لوجود الحنث (فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا) لقول ابن عباس: لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر ،

مثلا ثم نجز الثلاث فتزوّجت بغيره ثم أعادها فدخلت لا تطلق خلافا لزفر فهذه فرع تلك وفيها خلاف زفر كتلك ، وكذا لو آلى من زوجته ثم طلقها ثلاثا بطل الإيلاء ، حتى لو مضت أربعة أشهر وهي في العدة لم يقع الطلاق خلافا لزفر ، ولو تزوجها بعد زوج آخر في الإيلاء المؤبد لا يعود الإيلاء خلافا له ، ولو بانت بالإيلاء مرة أو مرتين فتزوّجت بغيره ثم عادت إليه عادت بثلاث تطليقات ، وتطلق كلما مضى عليها أربعة أشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث ، وفيه خلاف محمد وهي مبنية على مسئلة الهدم وقد مرت (قوله فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا) وقال به الأئمة الأربعة وأكثر العلماء . وقالت الظاهرية والنخعية وقتادة وحماد وابن أبي ليلى وإسحاق : يصير موليا في قليل المدة وكثيرها ، فإن تركها أربعة أشهر بانت بطلقة لإطلاق الآية في ذلك ، فإن لم يقيد الإيلاء بكونه على أربعة أشهر فصاعدا ، بل خص بالأربعة مدة التربص وأطلق الحلف . وكان أبو حنيفة أولا يقول به ، ثم رجع إلى قول ابن عباس لما صح عنده فتواه بخلافه . أخرج ابن أبي شيبة : حدثنا على بن مسهر عن سعيد عن عامر الأحول عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : إذا آلى من امرأته شهرا أو شهرين أو ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس بإيلاء . وأخرج البيهقي عنه قال : كان إيلاء الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك ، فوقت الله عز وجل أربعة أشهر ، فإن كان أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء . وأخرج ابن أبي شيبة نحوه عن عطاء وطاوس وسعيد بن جبير والشعبي ، ولا شك أن ظاهر الآية كقول من قال بأنه إيلاء ، والمعوّل عليه في دفعه قول الصحابي وكبار التابعين ممن ذكرنا ، فإن قول الصحابي في مثله ظاهر في السماع لكن يبقى فيه أنه زيادة على النص إذ هو تقييد لإطلاق الحلف في كونه إيلاء فلا يجوز إلا أن يكون فيه إجماع من الصحابة ، والمعنى الذي ذكر وهو أن المولى من لا يقدر على القربان في المدة إلا بشيء يلزمه وهذا ليس كذلك فرع كون أقل المدة أربعة أشهر ، وإلا فنحن

ثم طلقها ثلاثا بطل الإيلاء عندنا خلافا لزفر لأن الإيلاء طلاق مؤجل فإنما ينعقد على التطليقات المملوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الطلاق الثلاث عليها ، وكذا لو بانت بالإيلاء ثلاث مرات ثم تزوّجها بعد زوج آخر لم يكن موليا إلا عند زفر ، وأما الكفارة عند الوطء فلبقاء اليمين لإطلاقها ووجود الحنث . قال (فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا) مثل أن يقول والله لا أقربك شهرا وهو وضع المبسوط ، أو قال لا أقربك شهرين أو ثلاثة أشهر لم يكن موليا . وقال ابن أبي ليلى : هو مول إن ترك وطأها أربعة أشهر بانت بتطليقة ، وهكذا كان يقول أبو حنيفة أوّلا ، فلما بلغه فتوى ابن عباس : لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر رجع عن قوله . فإن قيل : فتوى ابن عباس مخالف لظاهر النص لأن الله تعالى قال ـ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ـ أطلق الإيلاء وقيد التربص بمدة ، وذلك يقتضي أن من آلى من امرأته ولو مدة يسيرة كيوم أو ساعة يلزمه تربص أربعة أشهر ، فالتقييد بمدة يكون زيادة على النص وهو لا يجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع أبو حنيفة عن قوله ؟ فالجواب أن فتوى ابن عباس وقع في المقدرات والرأي لا مدخل له في المقدرات الشرعية فكان مسموعا ، ولم يرد عن أحد خلافه فيجعل تفسيرا للنص لا تقييدا ، وتقريره والله أعلم : للذين يؤلون من نسائهم أربعة أشهر تربص

(قوله بطل الإيلاء عندنا خلافا لزفر لأن الإيلاء طلاق الخ) أقول : قوله لأن الإيلاء تعليل لقوله بطل الخ (قوله فكان مسموعا)

ولأن الامتناع عن قربانها فى أكثر المدة بلا مانع وبمثله لايثبت حكم الطلاق فيه (ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول) لأنه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع (ولو مكث يوما ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن موليا) لأن الثانى إيجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا

لانقول به إذ قلنا بعدم تقييد المدة المحلوف عليها بها فإثبات كون الأقل أربعة أشهر به مصادرة (قوله لأن الامتناع عن قربانها فى أكثر المدة بلا مانع الخ) قيل هو بناء على أنه أراد بالأقل من أربعة أشهر شهرا ، فإن وضع المسئلة فى الأصل إذا حلف لايقربها شهرا وإلا فالأقل من الأربعة لايستلزم كون الامتناع إلا فى بعض المدة مطلقا لا فى أكثرها لجواز كون الحلف على ثلاثة أشهر . وقيل لفظ أكثر مقحم وبعد ذلك التقريب ظاهر ، وقيل أراد بالأكثر تمام المدة أربعة أشهر سماها أكثر لأنها أكثر من المدة المحلوف عليها . ولا إشكال حينئذ لأن المانع غير موجود فى جميعها فى جميع صور الحلف على أقل من أربعة أشهر واستضعفه فى الكافى . قال : وإنما يصح أن لو قال فى أكثر المدتين انتهى . ووجهه أن أفعل التفضيل يلزم فى إضافته إلى شىء كونه بعض ما أضيف إليه ولذا امتنع يوسف أحسن إخوته ، وخواص البشر أفضل الملائكة ، وليس الأربعة الأشهر التى هى المراد بالأكثر بعض المدة المضاف إليها لاستحالة كون الأربعة بعض ما هو أقل منها فلزم فى صحته أن يقول أكثر المدتين : يعنى المدة المحلوف عليها ومدة الإيلاء وهى أربعة أشهر مدتان والثانية أكثرها . ولا إشكال فى أنه لو قال فى بعض المدة كان أحسن وأسلم (قوله وشهرين بعد هذين الشهرين) إلى آخر المسئلة الثانية لفظ بعض الشهرين ليس قيدا فى حكم المسئلة الأولى بل قيد فى الثانية فقط ، ولفظ يوما فى الثانية ليس قيدا ، لافرق بين مكثه يوما أو ساعة . وقيل تكرير اليمين فى مجلس أو مجالس وبينهما أقل من يوم تنجيز عند أبى حنيفة وأبى يوسف فقيد بمكثه يوما لتكون المسئلة اتفاقية ، وهذا بعيد لأن إثبات المذهب نصوا على أن قوله والله لا أفعل كذا والله لا أفعل كذا يمينان ولم يحك فيه خلاف. وإنما حكى فى قوله والله والله لا أفعل فذكروا أن ظاهر الرواية أنهما يمينان . وفى نوادر

أربعة أشهر ، ترك الأول بدلالة الثانى فكان من باب الاكتفاء . وقوله (ولأن الامتناع عن قربانها) دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا فى مطلع هذا البحث . وتقريره أن الامتناع عن قربانها : أى عن قربان من آلى منها زوجها شهرا فى أكثر المدة وهو ثلاثة أشهر حاصل بلا مانع لأنه ليس فيه يمين ، وبمثله : أى بمثل هذا الحلف المنعقد على شهر لايثبت الطلاق بمضى أربعة أشهر لخلو الزائد عن اليمين فكان كمن لم يقربها أربعة أشهر أو أكثر بلا يمين ، فإنه بمضى أربعة أشهر لايقع شىء ، والضمير فى فيه قيل هو راجع إلى الامتناع وقيل إلى الحلف المفهوم من قوله وبمثله ، ويجوز أن يكون راجعا إلى أكثر المدة . ولو قال المصنف ولأن الامتناع عن قربانها فى بعض المدة بدل فى أكثر المدة كان أشمل لتناوله وضع المبسوط وغيره (ولو قال لها والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لأنه جمع بينهما بحرف الجمع) وهو الواو (فصار كجمعه بلفظ الجمع) كأنه قال والله لا أقربك أربعة أشهر فتكون يمينا واحدة حيث لم يفرد المدة الثانية بنفى على حدة ، فلو قربها فى المدة لزمه كفارة واحدة (ولو مكث يوما أو ساعة ثم قال : والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن موليا لأن الثانى إيجاب مبتدأ) والأصل فى ذلك أنه إذا لم يعد اسم الله تعالى فى المعطوف ولا حرف النفى ولم يمكث بينهما ساعة دخل

أقول : أى محمولا على السماع (قوله وبمثله أى بمثل هذا الحلف) أقول : والأظهر إرجاع الضمير إلى الامتناع .

بعد اليمين الأولى شهرين وبعد الثانية أربعة أشهر إلا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع .

ابن سماعة يمين واحدة ، وفى المنتقى جعل كونهما يمينين قياسا وكونهما يمينا واحدة استحسانا . وفرع فى الدراية فى آخر الباب من غير أن يعزوه: والله لا أقربك مرارا فى مجلس واحد تتعدد الكفارة وتطلق ثلاثا يتبع بعضها بعضا قياسا ، وهو قول محمد وزفر ، وواحدة استحسانا وهو قولهما وهو خلاف الأشهر . ولو قال فى الثانية بعد يوم والله لا أقربك شهرين ولم يزد على ذلك لايكون موليا أيضا ، لكن لا لما فى الكتاب بل لتداخل المدتين فتتأخر المدة الثانية عن الأولى بيوم واحد أو بساعة بحسب مافصل به بين اليمينين . فالحاصل من حلفيه الحلف على شهرين ويوم أو ساعة على حسب الفاصل . والأصل فى جنس هذه المسائل أن الإيلاء يوجب طلاقا فى البر وكفارة فى الحنث ، وأنه لاتلازم بين كونه إيلاء ويمينا كما قدمنا ، فلذلك قد يتعدد البرّ والحنث وقد يتحدان ، وقد يتعدد البرّ ويتحد الحنث وقلبه ، وتعدد البرّ بتعدد المدة لأنه بتعدد الإيلاء وهو بتعدد الظلم وهو بتعدد مدة المنع ، وما لم يجب تعددها من اللفظ كانت المدتان متداخلتين ، وتعدد اليمين بتعدد اسم الله أو تكرار حرف لا داخلة على المدة ، ومن زاد السكوت لم يحتج إليه لأن الاسم الكريم يتكرر بعد السكوت ، ولو كان الحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد من تعدده . فى التجريد عن أبى حنيفة رحمه الله: إذا حلف بأيمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس سواء . ولو قال عنيت بالثانى الأول لم يستقم فى اليمين بالله تعالى ، ولو حلف بحجة أو عمرة يستقيم . مثال تعددهما إذا جاء غد فوالله لا أقربك إذا جاء بعد غد فوالله لا أقربك . أما إنهما يمينان فلتعدد الذكر ، وأما أنهما إيلاءان فلتعدد المدة ، فإن تركها أربعة أشهر من اليوم الأول برّ فى الأولى وبانت ، فإذا مضى يوم آخر برّ فى الثانية وطلقت أيضا ؛ ولو قربها بعد الغد تجب كفارتان وإن أطلق لزومهما فى الكافى ، ولو قربها فى الغد لزمته كفارة واحدة لأن الغد لم ينعقد عليه إلا يمين واحدة وتعدد الكفارة بتعدد اليمين . ونظيره فى النوازل قال : والله لا أكلمه يوما والله لا أكلمه شهرا والله لا أكلمه سنة ؛ إن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان ، وإن كلمه بعد الغد فعليه يمينان ، وإن كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة ، وإن كلمه بعد سنة فلا شىء عليه . ومن تعددهما والله لا أقربك أربعة أشهر والله لا أقربك أربعة أشهر أخرى بعد هذه الأربعة الأشهر ، وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر أخرى بعد هذه الأربعة الأشهر ، إلا أنه تعدد بتعدد المدة بلا تداخل فلا يتصور فى قربان واحد كفارتان ، وهذه

حكم المعطوف فى حكم المعطوف عليه كما فى المسئلة الأولى ، وأما إذا فات أحد الأمور المذكوره فقد كان إيجابا مبتدأ ، وعلى هذا فى المسئلة الثانية لايكون موليا لفوات الأمور الثلاثة لوجود المكث يوما وإعادة اسم الله وحرف النفى فقد صار ممنوعا بعد اليمين الأولى شهرين وبعد الثانية مضافا إلى الأول بقوله بعد الشهرين الأولين أربعة أشهر إلا يوما مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع فلا يكون موليا ، ويكون كلامه يمينين مستقلتين يلزمه بالقربان كفارتان . ولو قال والله لا أقربك شهرين ولا شهرين لايصير موليا لأنه بإعادة حرف النفى صار إيجابا آخر وصارا أجلين وتداخلا ، كما لو قال والله لا أكلم فلانا يوما ولا يومين أن اليمين تنقضى بيومين لأنه أعاد كلمة النفى فصار الثانى منفردا عن الأول فتداخل وقتهما بعد الانفراد لأن الوقت الواحد يصلح وقتا لأيمان كثيرة ، فإن من قال والله لا أكلم فلانا شهرا ولا أدخل هذه الدار شهرا ولا آكل هذا الطعام شهرا فمضى شهر واحد تنتهى الأيمان كلها ،

(قوله أربعة أشهر إلا يوما) أقول: فيه بحث (قوله يلزمه بالقربان كفارتان) أقول: فيه نظر إذ لايعقل وجه لزوم الكفارتين ، فإن لكل من اليمينين مدة على حدة لاتداخل بين مدتيهما حتى يلزم الكفارتان ، لا أن يراد بالقربان قربانان فى مدتى اليمينين فليتأمل فإنه مع بعده

. . . .

نظير مسئلة الهداية فى عدم تداخل المدتين : أعنى قوله والله لا أقربك شهرين ثم بعد يوم قال والله لا أقربك شهرين بعد هذين الشهرين فإنه ليس بإيلاء كما ذكر ، ولكن تتداخل المدتان ، فلو قربها فى الشهرين الأولين لزمته كفارة واحدة ، وكذا فى الشهرين الآخرين لأنه لم يجتمع على شهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة ، وقد توارد شروح الهداية من النهاية ، وغاية البيان على الخطإ عند كلامهم على هذه المسئلة فاحذره ، فلو قربها فى الأربعة الأولى لزمته كفارة واحدة ، وكذا فى الأربعة الثانية ، ولو كان أطلق فقال والله لا أقربك ثم بعد ساعة فصاعدا قال والله لا أقربك ثم بعد ساعة قال كذلك فقربها بعد اليمين الثالثة لزمه ثلاث كفارات للتداخل فى المحلوف عليه ، ولو لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بتطليقة ، وعند تمام الثانية وهو ساعة بعدها تبين بأخرى إذا كانت فى العدة ، وعند تمام الثالثة تبين بثالثة بلا خلاف ، بخلاف مامضى فى الكتاب فى تأبيد اليمين فإن الإيلاءات هناك تنزل متعاقبة بواسطة تأبيد اليمين الواحدة ، فجاء الخلاف فى أنه هل ينعقد الإيلاء الثانى فى العدة أو لا . ومن منعه قال : لا يبتدأ الإيلاء إلا فى حال يكون بالمنع ظالما ، أما هنا فالإيلاءات الثلاثة صرح بها فى حال العصمة وهو حال تحقق ظلمه بها فلا يتوقف وقوع الثانية على قيام النكاح ، ولوكان قال مرتين فقط لم تقع الثالثة إلا إذا تزوجها فيقع بحكم تأبيد اليمين إذا مضت أربعة أشهر من وقت التزوّج . ومثال اتحادهما : والله لا أقربك أربعة أشهر أو لا أقربك شهرين وشهرين . وفى الكافى فى نظيره : كلما كلمت واحدا من هذين فوالله لا أقربك فكلمتهما معا ، وليس للتقييد بذلك فائدة فإن بتكليمهما معا لم تنحل اليمين ، بل لو كلمت أحدهما بعدهما تبت الإيلاء ، فالظاهر كون هذا من صور تعدد البر . فإن علة التعدد فيا بعد هذه بعينها فى هذه . ومثال تعدد البر واتحاد اليمين : كلما دخلت هذه الدار فوالله لا أقربك فدخلتها فى يوم ثم فى يوم آخر ثم فى يوم آخر ، فإن قربها تجب كفارة واحدة ، وإن تركها أربعة أشهر من اليوم الأول بانت بتطليقة ، فإذا مضى يوم آخر بانت بأخرى ، وإذا مضى يوم آخر بانت بالثالثة ، وفى هذا المثال نظر لأن الحلف بالله وقع جزاءا لشرط متكرر فيلزم تكرره . ولا يشكل بأنه لاحلف عند الشرط الثانى والثالث لأنه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى وإلا لزم أن لاحلف عند الشرط الأول أيضا ، ومع ذلك ثبت الحلف عنده ، ولعله اشتبه والله كلما دخلت لا أقربك بكلما دخلت فوالله لا أقربك ، وكذا لو قال كلما دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا إن قربتك يتعدد برا ، وكلما دخلت انعقدت مدة يقع بمضيها واحدة بائنة ، ولا يتصور حنثه إلا مرة واحدة لتعذر وقوع شىء آخر بعد الثلاث ، ونحوه كلما دخلت فعبدى حرّ إن قربتك سواء . ومثال اتحاد الإيلاء وتعدد اليمين : إذا جاء غد فوالله لا أقربك ثم قال فى المجلس إذا جاء غد فوالله لا أقربك فهو إيلاء واحد فى حكم البرّ حتى لو مضت أربعة أشهر من الغد طلقت ، وإن قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم ، وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر من غير أن يزيد لفظ أخرى أو نحوه . واعلم أن هذه خلافية . وصورتها فى الخلافيات لو قال والله لا أقربك والله لا أقربك

فكذلك ههنا إذا مضى شهران فقد مضت مدة كل واحدة من اليمينين فيمكنه قربان امرأته فى مدة الإيلاء بغير شىء يلزمه فلا يصير موليا ، بخلاف المسئلة الأولى فإنه لما لم يفرد مدة الثانية بنى على حدة كان الكل مدة واحدة

لايساعده كلام مافى الشروح (قوله فى مدة الإيلاء) أقول : أى اللغوى .

(ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوما لم يكن موليا) خلافا لزفر ، هو يصرف الاستثناء إلى آخرها اعتبارا بالإجارة فتمت مدة المنع . ولنا أن المولى من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه وههنا يمكنه لأن المستثنى يوم منكر ، بخلاف الإجارة لأن الصرف إلى الآخر لتصحيحها فإنها لاتصح مع التنكير ولا كذلك اليمين

والله لا أقربك فى ثلاثة مجالس فكل من اليمين والإيلاء ثلاثة. وإن كان فى مجلس واحد، فإن أراد به التكرار فاليمين واحد والإيلاء واحد ، وإن لم ينو شيئا أو أراد التشديد والتغليظ وهو الابتداء دون التكرار فالأيمان ثلاثة إجماعا والإيلاء ثلاثة قياسا وهو قول محمد، حتى إذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها تبين بطلقة ثم عقيبها تبن بأخرى ثم بأخرى إلا أن تكون غير مدخول بها فلا يقع إلا واحدة ، وإن قربها وجب عليه ثلاث كفارات . وفى الاستحسان وهو قولهما الإيلاء واحد فلا يقع إلا واحدة ، ويجب بالقربان ثلاث كفارات لأن الشرط الواحد يكفى لأيمان كثيرة ، ولما كانت المدة متحدة كان المنع متحدا فلا يتكرر الإيلاء (قوله لم يكن موليا) أى فى الحال لأنه يكون موليا إذا قربها وبقى بعد يوم القربان أربعة أشهر فصاعدا إلى تمام السنة ؛ حتى لو تركها بعد ذلك القربان أربعة أشهر وقعت تطليقة (قوله اعتبارا بالإجارة) وهو ما إذا قال أجرتك سنة إلا يوما ينصرف اليوم إلى آخر السنة ، وكذا إذا قال فى الصورة المذكورة سنة إلا نقصان يوم يكون موليا صرفا له إلى الآخر وبما إذا أجل الدين (قوله وههنا يمكنه) لأن المستثنى يوم منكر فيصدق على كل يوم من أيام تلك السنة حقيقة فيمكنه أن يطأها قبل مضى أربعة أشهر من غير شيء يلزمه اعتبارا ليوم الوطء اليوم المستثنى . بخلاف ماقاس عليه فإن المعين لكون اليوم المستثنى آخر السنة ليس اللفظ بل تصحيح الإجارة فإنها تبطل بالجهالة وفى الحمل على حقيقته حتى يصير شائعا فى السنة لاتتعين مدة الإجارة والنقصان ينصرف إلى الآخر ، وكذا المقصود من تأجيل الدين تأخير المطالبة فتتعين بدلالة الحال . والذى يشكل الفرق بينه وبين قوله والله لا أكلم زيدا سنة إلا يوما ينصرف إلى اليوم الأخير . وجواب صاحب النهاية بأن المعين الحامل وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه فى الحال منظور فيه بأنه مشترك

فكان موليا (ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوما لم يكن موليا ، خلافا لزفر هو يقول يصرف الاستثناء إلى آخرها كما لو قال آجرت دارى هذه سنة إلا يوما فتمت مدة المنع . ولنا أن المولى من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه) وهذا ليس بصادق على مانحن فيه لأنه يمكنه القربان(إذ المستثنى يوم منكر) فما من يوم يمر عليه بعد يمينه إلا ويمكنه أن يجعله اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شيء يلزمه، ولا يجوز صرفه إلى آخر السنة لأنه معين فكان تغييرا لكلامه من المنكر إلى المعين بغير حاجة لأن الجهالة لاتمنع انعقاد اليمين ، بخلاف الإجارة فإن الحاجة

(قال المصنف : ولا كذلك اليمين) أقول : قال ابن الهمام فيه : إن قوله والله لاأكلم زيدا سنة إلا يوما يمين مع أنه ينصرف إلى اليوم الآخر ، وجواب صاحب النهاية بأن المعين الحال وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه من الحال منظور فيه بأنه مشترك الإلزام ، إذ الإيلاء أيضا يكون عن المغايظة انتهى . وقال تاج الشريعة : ونحن نقول فى الفرق بين اليمينين إن الاستثناء لوانصرف إلى آخر السنة يلزمه أحد المكروهين لأنه إما أن يقربها فيلزمه الكفارة ، أو لايقربها فيلزمه مكروه الطلاق عند انقضاء أربعة أشهر ، ولا كذلك اليمين انتهى . ولعل مراده أنه لما تعارض جهتا المغايظة ولزوم أحد المكروهين فمقتضى الأولى صرف اليوم إلى آخر السنة ، ومقتضى الاخرى خلافه تساقطا

(ولو قربها فى يوم والباقى أربعة أشهر أو أكثر صار موليا) لسقوط الاستثناء (ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا) لأنه يمكنه القربان من غير شىء يلزمه بالإخراج من الكوفة

الإلزام إذ الإيلاء أيضا يكون من المغايظة (قوله صار موليا لسقوط الاستثناء) مع أن الباقى من السنة الثانية مدة الإيلاء ، ولو أطلق بأن قال لا أقربك إلا يوما لايكون موليا حتى يقربها ، فإذا قربها صار موليا . ولو قال سنة إلا يوما أقربك فيه لايكون موليا أبدا لأنه استثنى كل يوم يقربها فيه فلا يكون ممنوعا أبدا ، وكذ لو أطلق مع هذا الاستثناء . وإذا قال سنة فمضت أربعة أشهر ولم يقربها فيها فوقعت طلقة ثم تزوجها ومضت أربعة أخرى لم يقربها فيها وقعت أخرى ، فإذا تزوجها فمضت أربعة أخرى لايقع لأن الباقى بالضرورة أقل من أربعة أشهر (قوله ولو قال وهو بالبصرة) إذا حلف لايقربها فى مكان معين هى فيه أو زمان معين وهو فى غيرهما ، إن كان بينهما قدر أربعة أشهر كان موليا على ما فرّع قاضيخان والمرغينانى فإنهما قالا : لو كان بينهما مسيرة أربعة أشهر ففيؤه باللسان ولم يعتبر إمكان خروج كل منهما إلى الآخر فيلتقيان فى أقل من ذلك ، وعلى مافى جوامع الفقه يعتبر أن يكون بينهما ثمانية أشهر ، فإنه قال لو كان فى بلد وزوجته فى بلد فحلف لايدخله وبينهما أقل من ثمانية أشهر لايصير موليا لجواز أنهما يخرجان فيلتقيان فى أقل من أربعة أشهر فيقربها ، وإن كان بينهما أقل من ذلك لم يكن موليا عند الأئمة الأربعة إلا فى رواية عن أحمد وهو قول ابن أبى ليلى فإنه يكون موليا ، فإن تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة ، وينبغى أن يصير موليا على قول كل من قدمنا عند انعقاد الإيلاء إذا حلف على أقل من أربعة أشهر كما قال ابن أبى ليلى وغيره ، وكذا إذا قال والله لا أقربك إلا فى المحرم وهو فى شوّال أو حتى تفطمى ولدك وإلى مدة الفطام أقل من أربعة أشهر ، والوجه المذكور للجمهور بناء على ماتقدم هناك من أن المولى من لايمكنه القربان فى الأربعة الأشهر إلا بشىء يلزمه وليس فليس ، وقد بحثنا هناك أن هذا فرع كون أقل مدة ينعقد الإيلاء بالحلف عليها أربعة أشهر ، وبالضرورة إنهم لايلتزمون ذلك إلا أن يجعل هذا أصلا ممهدا فى مذهب المانعين بعد ثبوت عدم انعقاده لأقل من أربعة أشهر بدليله من أقوال الصحابة فتعلل به الأحكام المذهبية لاعند قصد الإثبات على المخالف : ثم أورد على هذا الأصل لو قال والله لا أقربكن لأربع نسوة فإنه مول ، فإذا تركهن فى المدة طلقن ، ولو قرب ثلاثا

ماسة إلى الصرف إلى آخر السنة لتصحيحه : أى لتصحيح عقد الإجارة فإنه لايصح مع التنكير للجهالة (ولو قربها فى يوم والباقى أربعة أشهر أو أكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ، ولو قال وهو بالبصرة والله لاأدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لأنه يمكنه القربان من غير شىء يلزمه بالإخراج من الكوفة) ولا يشكل بمن له أربع نسوة وقال والله لايقربهن فإنه يصير موليا منهن إن لم يقربهن جميعا أربعة أشهر بن عندنا خلافا لزفر ، مع أن له أن يطأ كل واحدة منهن إلى أن يأتى على الثلاث من غير شىء يلزمه لما أن الحنث لايتعلق بإجزاء المحلوف قبل أن يأتى بالكل ، كما لو حلف لايدخل هذه الدور الأربع له أن يدخل كل واحدة منها من غير حنث مالم يدخل الكل ، ثم لما كان فى مسئلة الحلف على أربع نسوة بنفى القربان موليا فى الحال فى حق كل واحدة منهن علم أن إمكان القربان من غير شىء يلزمه لايمنع صحة الإيلاء لأنه إنما صار موليا مع إمكان القربان على الوجه المذكور لأن الحالف ظالم فى حق كل واحدة منهن بمنع حقها فى الجماع ، كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد ، إلا أنه

وعمل بمقتضى اللفظ وهو التنكير فليتأمل (قوله لأنه إنما صار موليا مع إمكان القربان الخ) أقول : تعليل لقوله ولا يشكل بمن له أربع نسوة الخ .

(قال : ولو حلف بحج أو بصوم أو بصدقة أوعتق أو طلاق فهو مول) لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء ، وهذه الأجزية مانعة لما فيها من المشقة . وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقربانها عتق عبده ، وفيه خلاف أبي يوسف فإنه يقول : يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم

منهن لايلزمه شيء فثبت أن إمكان القربان بغير شيء لايمنع صحة الإيلاء . أجيب بما حاصله أن الإيلاء متعلق بمنع الحق فى المدة وقد وجد فى هذه المسئلة فيكون موليا منهن ، وعدم لزوم شيء لعدم الحنث لأن الحنث بفعل المحلوف عليه وذلك بقربانهن ، والموجود قربان بعضهن . وحاصل هذا تخصيص اطراد الأصل بما إذا حلف على واحدة بأدنى تأمل (قوله ولو حلف بحج الخ) بأن يقول إن قربتك فعلىّ حج أوعمرة أو صدقة أو صيام أو هدى أو اعتكاف أو يمين أوكفارة يمين أو فأنت طالق أو هذه لزوجة أخرى أو فعبدى حر أو فعلىّ عتق لعبد مبهم فهو مول . أما لو قال فعلىّ صوم هذا الشهر مثلا فليس بمول لأنه يمكنه ترك القربان إلى أن يمضى ذلك ثم يطؤها بلا شيء يلزمه ، بخلاف قوله فعلىّ صوم يوم . ولو قال فعلىّ اتباع جنازة أو سجدة تلاوة أو قراءة القرآن أو الصلاة فى بيت المقدس أوتسبيحة فليس بمول . ونقل فى الصلاة خلاف محمد ، فعنده يكون موليا لأنها مما يلزم بالنذر . وتقدم أول الباب مايجاب به عنه . ويجب صحة الإيلاء فيما لو قال فعلىّ مائة ركعة ونحوه مما يشق عادة ، وكذا خلافه ثابت فى مسئلة الغزو المذكورة أول الباب . فإن قلت : ينبغى فى الصلاة فى بيت المقدس أن يكون موليا اتفاقا لما فيه من مشقة السفر كالحج . قلنا : نعم لو لزم من نذر الصلاة فى بيت المقدس أن لايسقط إلا بالصلاة فيه ، لكن المذهب أن له أن يصليها فى غيره ويسقط النذر به على ماعرف . ولو قال فعلىّ أن أتصدق على هذا المسكين بهذا الدرهم أو مالى هبة فى المساكين لايصح إلا أن ينوى التصدق به . ولو قال فكل مملوك أشتريه فيما يستقبل حر صار موليا عندهما خلافا لأبى يوسف وهو رواية عنهما ، وكذا لوقال فكل امرأة أتزوجها فهى طالق يصير موليا عندهما خلافا لأبى يوسف . ولوقال كل امرأة أتزوجها من أهل الإسلام يصير موليا . وعلى هذا لوقال لا أقربك حتى أعتق عبدى أو حتى أطلق فلانة أو حتى أطلقك يصير موليا عندهما خلافا له لأنه يمكنه القربان بلا شيء بأن لايشترى عبدا ولا يتزوج وبتقديم الغاية . قلنا لم يمكنه إلا بضرر لازم إذ اللزوم لأجل قربانها كاللزوم به . واعلم أن الأصل أنه متى جعل ليمينه غاية لاتوجد فى المدة كقوله والله لا أقربك حتى تطلع الشمس من مغربها أو حتى يخرج يأجوج ومأجوج أو ينزل عيسى عليه الصلاة والسلام أو حتى يخرج الدجال أو الدابة فهو مول استحسانا بناء على الظاهر وإن احتمل القرب وقت التكلم به . وكذا إذا كانت الغاية لاتتصور مع بقاء النكاح كقوله حتى أموت أو تموتى أو أقتلك أو تقتلينى أو أبينك وإن كانت توجد فى المدة لكنها تصلح جزاء نحو حتى أعتق عبدى أو أطلق فلانة كان موليا عندهما خلافا لأبى يوسف وقد عرفت الوجه (قوله وفيه خلاف أبى يوسف) أى فى ثبوت الإيلاء بالحلف بعتق عبده المعين ، فإن ضمير فيه لعتق عبده وهو المعين لا المبهم ، فإن تعليله لايتم فيه (قوله البيع موهوم) أى غير مقدور له بنفسه لتوقفه على غيره من المشترين ، وقد لايجد مشتريا فى المدة فتمضى

لايلزمه الكفارة بقربان بعضهن لأن الكفارة موجب الحنث فلا يحنث مالم يتم شرطه ، ولكن عند تمام الشرط لايكون وجوب الكفارة بقربان الأخيرة فقط بل بقربانهن جميعا . وأما وقوع الطلاق فى الإيلاء فباعتبار البر ، وذلك إنما يتحقق فى كل واحدة منهن فلهذا بنّ بمضى المدة كذا فى النهاية . قال (ولو حلف بحج أو بصوم) لما فرغ من بيان اليمين بالله فى الإيلاء شرع فى بيان اليمين بغير الله بذكر الشرط والجزاء بأن يعلق قربانها بحج أوصوم أوصدقة أو طلاق أوعتق فإنه يصير موليا لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء وكلامه واضح . وقوله (البيع موهوم)

فلا يمنع المانعية فيه ، والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاقها أو طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع (وإن آلى من المطلقة الرجعية كان موليا ، وإن آلى من البائنة لم يكن موليا) لأن الزوجية قائمة فى الأولى دون الثانية ، ومحل

قبل وجوده ، بخلاف الإخراج من الكوفة لأنه مقدور له وهو وإن توقف على امتثالها أيضا لكن امتثالها واجب والوجوب طريق الوجود ، بخلاف امتثال المشترى ، وإذا كان موهوما فلا يمنع المانعية الكائنة فى الجزاء وهو عتق العبد بالقربان . ولو باع هذا العبد سقط الإيلاء لأنه صار بحال يمكنه قربانها بغير شىء . ولو ملكه بسبب شراء أو غيره عاد الإيلاء من وقت الملك إن لم يكن وطئها قبله ، فإن كان وطئها قبل تجدد الملك لم يعد لسقوط اليمين . ولو مات العبد قبل البيع سقط الإيلاء لقدرته على الوطء بغير شىء ، وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها أو إبانتها ثم تزوجها (قوله وإن آلى من المطلقة الرجعية كان موليا) باتفاق الأئمة الأربعة بخلافه من البائنة فإن كانت من ذوات الأقراء فلاحتمال امتداد طهرها ، وإن كانت تعتد بالأشهر الثلاثة فلاحتمال رجعتها فينعقد الإيلاء ممتدا إلى ما بعد الرجعة ، فإن لم يطأها حتى مضى شهر من الرجعة بانت وهو مشكل على قول من يرى زوال الزوجية بالطلقة الرجعية وحرمة الوطء كالبائنة ، وعلى قولنا من حيث أنها لا حق لها فى الجماع فلا يكون بالمنع ظالما . والجواب أن العبرة فى المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص ، والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى ـ وبعولتهن أحق بردهن ـ والبعل الزوج حقيقة على ما أسلفناه فى أول باب الرجعة فكانت المرأة من نسائه فيشملها نص الإيلاء ؛ ألا ترى أنه يثبت الإيلاء وإن أسقطت حقها فى الجماع لخوف الغيل على ولد أو غيره ، فعلم أن التعلل بالظلم باعتبار بناء الأحكام على الغالب ، بخلاف البائن لانتفاء اسم الزوج حقيقة فينتفى كونها من نسائنا . وقيل إنما لم يكن موليا من البائنة لأن الإيلاء تعليق طلاق بائن على مضى المدة بلا قربان ، والمطلقة البائنة لا يلحقها طلاق بائن منجز ولا معلق : يعنى إذا كان التعليق بعد الإبانة لما قدمنا من أنه إذا كان قبلها فوجد الشرط فى عدتها من البائن يلحق ، وهذا الحصر يقتضى أنه لولا هذا صح الإيلاء منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونسائنا . والحق أن مبنى عدم لحوق البائنة هو مبنى عدم الإيلاء منها وهو عدم الزوجية فالإسناد إليه أولى ، ثم لا يخفى أن تخلف العلة فى محل واحد نقض إلا لمانع . فالحق أن الظلم حكمة ونفس الإيلاء هو العلة فلا

يعنى لأن الأصل عدم ما يحدث (فلا يمنع المانعية فيه) أى فى الإيلاء ، ولكن إن باع العبد سقط الإيلاء عنه لأنه صار بحال يملك قربانها من غير أن يلزمه شىء ، فإن اشتراه لزمه الإيلاء من وقت الشراء لأنه صار بحال لا يملك قربانها إلا بعتق يلزمه ، ولو كان جامعها بعد ما باعه ثم اشتراه لم يكن موليا لأن اليمين قد سقطت لوجود شرط الحنث بعد بيع العبد ، وإن مات العبد قبل أن يبيعه سقط الإيلاء لأنه يتمكن من قربانها بعد موته من غير أن يلزمه شىء . وقوله (وإن آلى من المطلقة الرجعية) ظاهر . واعترض بأن الإيلاء جزاء الظلم بمنع حقها فى الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق فى الجماع لا قضاء ولا ديانة ، ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج أن يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغى أن لا يترتب عليه جزاء الظلم الذى هو الإيلاء . وأجاب العلامة شمس الأئمة الكردرى بأن الحكم فى المنصوص مضاف إلى النص لا إلى المعنى ، والمطلقة الرجعية

(قوله لأن الأصل عدم ما يحدث) أقول : فيه بحث ، إذ الإخراج من الكوفة أيضا كذلك (قوله وأجاب العلامة شمس الأئمة الكردرى) أقول : وهو أول من قرأ الهداية على المصنف رحمهما الله . ثم أقول : يستفاد هذا الجواب من كلام المصنف ، فالأظهر إسناد الإجابة إلى المصنف كما هو دأبه فى أمثاله .

الإيلاء من تكون من نسائنا بالنص ، فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الإيلاء سقط الإيلاء لفوات المحلية (ولو قال لأجنبية والله لا أقربك أو أنت على كظهر أمى ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا) لأن الكلام فى مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك (وإن قربها كفر) لتحقق الحنث إذ اليمين منعقدة فى حقه (ومدة إيلاء الأمة شهران) لأن هذه مدة ضربت أجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة (وإن كان المولى مريضا لايقدر على الجماع أو كانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة لاتجامع أو كانت بينهما مسافة لايقدر أن يصل

يلزم وجوده دائما (قوله لأن هذا الكلام فى مخرجه وقع باطلا لعدم المحلية) وهى كونها من نسائنا فى الإيلاء والظهار ، قال تعالى – للذين يؤلون من نسائهم – وقال تعالى – والذين يظاهرون من نسائهم – فلا بد من كونها محلا وقت التكلم بالإيلاء والظهار أو وقت وجود شرطهما لما عرف فى باب الأيمان بالطلاق أن الإضافة إلى سبب الملك صحيحة ، وكذا فى الإيلاء والظهار ، فإذا قال إن تزوجتك فوالله لا أقربك وقع صحيحا ، وكذا إن تزوجتك فأنت على كظهر أمى ، إلا أنه لاينعقد الإيلاء والظهار إلا عقيب التزوج بها لأنها إذ ذاك تصير محلا لا قبله ، ولأن الظهار لما كان تشبيه المحللة بالمحرمة استدعى انعقاده قيام حل وطئها (قوله إذا اليمين منعقدة فى حقه) أى فى حق الوطء لأن انعقاد اليمين يعتمد التصور حسا لا شرعا ؛ ألا ترى أنها تنعقد على ماهو معصية (قوله كمدة العدة) أى فى الطلاق الرجعى فيتنصف بالرق لأنه من حقوق النكاح . وعند مالك والشافعى رحمهما الله تستوى مدة إيلاء الحرة والأمه . والقياس على مدة العدة بجامع كونها تربص هو أجل للبينونة كالعدة مدفوع ، فإن البينونة لاتحصل عند الشافعى بانقضاء المدة ، وأيضا تربص العدة للخطر وتعرف الفراغ وهو المؤثر وهو منتف فى تربص الإيلاء . والأوجه الاستواء لعموم نص الإيلاء ، لأن الأمة من نسائنا ، ولأن ضربها إيلاء لعذر الزوج ورفقا جزيا على عادته تعالى من عدم المعاجلة بالعقوبة ، فأخرت عقوبته الدنيوية بظلمه إلى انقضاء أربعة أشهر ، وهذا المعنى لايختلف فى الحرة والأمة (قوله وإن كان المولى مريضا لايقدر على الجماع) لافرق بين كون عدم العذر للمرض أو للجب ، كما أنه فى حقها لافرق بين كون المانع مرضها أو الرتق أو القرن ، ومن الناس من منع إيلاء المجبوب ، ومن الرتقاء والقرناء لأنه لايجب عليه الجماع فلا ظلم . وجوابه ما قلنا فى المطلقة الرجعية ، ولأن هذا تعليل فيه إبطال حكم النص ، وذلك باطل ، وفى جوامع الفقه : لو عجز عن جماعها لرتقها أو قرنها أو صغرها أو بالجب أو العنة أو كان أسيرا فى دار الحرب أو لكونها ممتنعة أو كانت فى مكان لايعرفه وهى ناشزة أو بينهما أربعة أشهر أو حال القاضى

من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى – وبعولتهن أحق بردهن – والبعل هو الزوج وكانت المرأة من نسائه ، وكان الحكم المرتب على نساء الأزواج بقوله تعالى – للذين يؤلون من نسائهم – مرتبا على المطلقة الرجعية (ولو قال لأجنبية والله لا أقربك أو أنت على كظهر أمى ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لأن الكلام فى مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية) إذ المحل نساؤنا بالنص فكان كبيع الميتة فيكون باطلا (فلا ينقلب بعد ذلك صحيحا ، فإن قربها كفر لتحقق الحنث إذ اليمين منعقدة فى حقه) أى فى حق الحنث لأن اليمين يعتمد تصور الفعل المحلوف عليه حسا ولا يعتمد حله وحرمته ؛ ألا ترى أنه لو قال والله لأشربن الخمر فى هذا اليوم فمضى اليوم ولم يشرب حنث وإن كان الفعل حراما محضا (ومدة إيلاء الأمة شهران) وقال الشافعى : مدة إيلائها كمدة إيلاء الحرة لأنها مدة ضربت لإظهار الظلم بمنع الحق فى الجماع والحرة والأمة فى ذلك سواء (ولنا أن هذه مدة ضربت أجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة) وقوله (وإن كان المولى مريضا) هذه المسئلة على ثلاثة أوجه : أحدها أنه آلى وهو صحيح وبقى بعد إيلائه صحيحا

إليها فى مدة الإيلاء ففيؤه أن يقول بلسانه فئت إليها فى مدة الإيلاء ، فإن قال ذلك سقط الإيلاء) وقال الشافعى : لا فىء إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوى ، لأنه لو كان فيئا لكان حنثا . ولنا أنه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاؤها

بينهما لشهادة الطلاق الثلاث ففيؤه باللسان بأن يقول فئت إليها أو رجعت عما قلت أو راجعتها أو ارتجعتها أو أبطلت إيلاءها . واختلف فى الحبس صحح الفىء باللسان بسببه فى البدائع . وفى شرح الطحاوى : لو آلى وهى مجنونة أو وهو محبوس أو كان بينهما أقل من أربعة أشهر إلا أن السلطان يمنعه أو العدو لايكون فيؤه باللسان ، وهو جواب الرواية نص عليه الحاكم فى الكافى . ووفق بحمل ما فى الكافى وشرح الطحاوى على إمكان الوصول إلى السجن بأن تدخل عليه فيجامعها ومنع السلطان والعدو نادر على شرف الزوال والحبس بحق لايعتبر فى الفىء باللسان وبظلم يعتبر ، وهل يكفى الرضا بالقلب من المريض ؟ قيل نعم حتى إن صدقته كان فيئا ، وقيل لا وهو أوجه . ثم هذا إن كان عاجزا من وقت الإيلاء إلى أن تمضى أربعة أشهر حتى لو آلى منها وهو قادر فمكث قدر مايمكنه جماعها ثم عرض له العجز بمرض أو بعد مسافة أو حبس أوجب أو أسر ونحو ذلك ، أو كان عاجزا حين آلى وزال العجز فى المدة لم يصح فيؤه باللسان خلافا لزفر فى غير الأخيرة فإن العجز ثابت وهو المدار . قلنا لما تمكن ولم يفعل فقد تحقق منه الإضرار فلا يكون فيؤه إلا بإيفاء حقها بالجماع ، بخلاف ما إذا استوعب العجز المدة لأنه لم يكن لها حق فيها فكان ظلمه فى الإيلاء بأذى اللسان ففيؤه الذى هو توبته بتطييب قلبها به لأن التوبة على حسب الجناية ، ولو آلى إيلاء مؤبدا وهو مريض فبانت بمضى المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عند أبى حنيفة ومحمد وصح عند أبى يوسف ، وهو الأصح على ما قالوا لأن الإيلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض ، وفى زمان الصحة هى مبانة لاحق لها فى الوطء فلا يعود حكم الإيلاء فيه ، وهما يقولان إن ذلك بتقصير منه فإنه كان عليه الفىء باللسان قبل مضى المدة ولا تبين ، ولو كان المانع شرعيا بأن كان محرما وإلى وقت أفعال الحج أربعة أشهر فصاعدا فالفىء بالجماع ، وعند زفر باللسان ، وهو رواية عن أبى يوسف لأن الإحرام مانع من الجماع شرعا فثبت العجز فكان فيؤه باللسان وهم اعتبروا العجز الحقيقى وهو منتف ، وهذا لأنه المتسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا (قوله وقال الشافعى : لا فىء إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوى لأنه لو كان فيئا لكان حنثا) وضعف هذا لايخفى على من له شمة لأنه حلف على الجماع فكيف يحنث بفعل غيره ، فإن

مقدارا يستطيع فيه أن يجامعها ثم مرض بعد ذلك ، وفيؤه بالجماع عندنا خلافا لزفر لأن المعتبر آخر المدة وهو عاجز عنده فكان كواجد الماء فى أول الوقت فلم يتوضأ به حتى عدم الماء جاز له التيمم . وقلنا : لما تمكن من جماعها فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها فى الجماع فلا يكون رجوعه إلا بإيفاء حقها فى الجماع . والثانى أنه آلى وهو مريض وتم أربعة أشهر وهو مريض وفيؤه أن يقول بلسانه فئت إليها ، فإن قال ذلك سقط الإيلاء عندنا (وقال الشافعى : لا فىء إلا بالجماع ، وإليه ذهب الطحاوى ، لأنه لو كان فيئا لكان حنثا) لأن الفىء يستلزم حكمين وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة ثم الفىء باللسان لايعتبر فى أحد الحكمين وهو الكفارة فكذلك فى الآخر (ولنا أنه آذاها بذكر المنع) لأن الزوج إذا كان عاجزا عن الجماع حال الإيلاء لم يكن قصده الإضرار بمنع حقها فى الجماع إذ لاحق لها فيه حينئذ وإنما قصده الإيحاش باللسان ، ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان ، وإذا أرضاها باللسان ارتفع الظلم لأن

(قوله فلا يكون رجوعه إلا بإيفاء حقها فى الجماع) أقول : وليس هذا كالمتيمم فهذا الحكم فإنه مسبب باختياره بطريق محظور فينا لزمه فلا يستحق تخفيفا (قوله إذ لاحق لها فيه) أقول : لسقوطه بعذر ، وهو عدم قدرة الرجل أو عدم قابلية المرأة كسقوط وجوب الوضوء بعذر .

بالوعد باللسان ، وإذا ارتفع الظلم لايجازى بالطلاق (ولو قدر على الجماع فى المدة بطل ذلك الفىء وصار فيؤه بالجماع) لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف (وإذا قال لامرأته أنت علىّ حرام سئل عن نيته ، فإن قال أردت الكذب فهو كما قال لأنه نوى حقيقة كلامه ، وقيل لايصدق فى القضاء

فإن أراد بقوله لو كان فيئا لكان حنثا لأن الفىء لايكون إلا بالجماع ، فلو كان فيئا لكان بالجماع فكان حنثا لزم صريح المصادرة والنص وهو قوله تعالى - فإن فاءوا - لايوجب تعين كون الفىء لاالجماع لأن معناه فإن رجعوا عن عزمهم على ذلك الظلم ، وذلك يحصل بإرضائها بالجماع وبإرضائها بالقول ، ووعد الجماع عند عجزه وهى مشاهدة لعجزه ذلك فلا يتم ما قالاه . والحق أن مذهب الشافعى ومالك وأحمد كقولنا : ولو وطئها بعد الفىء باللسان فى مدة الإيلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث لأن يمينه باقية فى حق الحنث وإن بطلت فى حق الطلاق (قوله وصار فيؤه بالجماع) حتى لو لم يجامعها حتى مضت المدة وقع الطلاق ، وهذا لأن المقصود عدم وقوع الطلاق عند تمام المدة ، وهذا فرع تمامها ولم تتم حتى قدر على الأصل وهو الجماع قبل حصول المقصود من البدل فيبطل حكم الخلف كالمتيمم إذا رأى الماء (قوله سئل عن نيته) هذا هو المذكور فى كتب محمد رحمه الله ، وهو جواب الرواية لأن بيان المجمل على المجمل وهو ظاهر الرواية ، وهو قول أبى بكر وعمر وابن مسعود وعائشة والحسن البصرى وعطاء وطاوس وابن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم . وعن على وزيد بن ثابت وابن عمر وابن أبى ليلى ومالك أن الحرام ثلاثة ، إلا أن مالكا قال ينوى فى غير المدخولة . ويروى عن على رضى الله عنه التوقف ، وفيه نحو أحد عشر مذهبا غير ماذكرنا (قوله لأنه نوى حقيقة كلامه) إذ حقيقته وصفها بالحرمة وهى موصوفة بالحل

التوبة بحسب الجناية فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فيئا على هذا الوجه أن تجب الكفارة لأنها جزاء الحنث ، والحنث لايتحقق بالفىء باللسان . فإن قيل : إذا كان المولى مريضا وقت الإيلاء وجب أن لايتحقق الإيلاء لعدم الظلم بمنع حقها إذ ليس لها حق فى الجماع إذ ذاك ، فالجواب ما نقلناه عن العلامة شمس الأئمة الكردرى ، وقد ذكره شمس الأئمة السرخسى فى أول كتاب البيوع . والثالث أنه آلى وهو مريض وقدر على الجماع فى المدة وفيؤه بالجماع سواء كان فاء إليها فى مرضه بالقول أو لم يفئ ، أما إذا لم يفئ فظاهر وكذلك إذا فاء لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف . ولقائل أن يقول : المولى إذا كان مريضا حال الإيلاء لانسلم أن الأصل فى فيئه الجماع لما ذكرنا آنفا أنه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان . والجواب أن المرض قد يطول وقد يقصر ، فعلى تقدير أن يقصر عن مدة الإيلاء ويقدر على الجماع صار ظالما بمنع حقها فى الجماع ، وتبين أن قصده فى الابتداء لم يكن إلا منع الحق بالجماع . والأصل فى الفىء حينئذ الجماع ، ولكن فى إطلاق الخلف بعض تسامح على قود كلامه فتأمل (وإذا قال لامرأته أنت علىّ حرام سئل عن نيته) لأنه يحتمل وجوها لايمتاز بعضها عن بعض إلا بالإرادة (فإن قال أردت الكذب فهو كما قال) لايقع طلاق ولا يكون بالنية إيلاء ولا ظهارا (لأنه نوى حقيقة كلامه) لأن المرأة كانت حلالا له ، فقوله أنت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا ، وفيه نظر لأن الكذب إذا كان حقيقة كلامه وجب أن ينصرف إليه ولا ينصرف إلى غيره إلا بقرينة أو نية لأن الحقيقة لاتحتاج إلى شىء من ذلك (وقيل لايصدق فى القضاء) ذكر الطحاوى والكرخى فى مختصريهما أن

(قوله لانسلم إن الأصل فى فيئه الجماع) أقول : يمكن أن يستدل على المقدمة الممنوعة بقوله تعالى - فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم - فإن وعد المغفرة إنما يكون أن إذا حنث وذلك بالجماع ، فإنهم اتفقوا على أن وعد المغفرة على الفىء لا الإيلاء كما سبق .

لأنه يمين ظاهرا (وإن قال أردت الطلاق فهى تطليقة بائنة إلا أن ينوى الثلاث) وقد ذكرناه فى الكنايات (وإن قال أردت الظهار فهو ظهار)وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه . ولهما أنه أطلق الحرمة وفى الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد (وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئا فهو يمين يصير به موليا)

فكان كذبا ، وعن هذا قال مسروق والشعبى فى التحريم إنه كتحريم قصعة من ثريد ليس بشىء . وأورد لو كان حقيقة كلامه لانصرف إليه بلا نية لكنكم تقولون عند عدم النية ينصرف إلى اليمين . والجواب أن هذه حقيقة أولى فلا تنال إلا بالنية واليمين الحقيقة الثانية الثابتة بواسطة الاشتهار . وقيل لايصدق فى القضاء ، قاله شمس الأئمة السرخسى ، بل فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يمين ظاهرا ، لأن تحريم الحلال يمين بالنص وهو قوله تعالى - ياأيها النبى لم تحرّم ما أحل الله لك - إلى أن قال - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم - فلا يصدق فى القضاء فى نيته خلاف الظاهر ، وهذا هو الصواب على ماعليه العمل والفتوى كما سنذكر ، والأول قول الحلوانى وهو ظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث (قوله إلا أن ينوى الثلاث) ولا تصح نية الثنتين إلا فى الأمة خلافا لزفر والزهرى ، ومر فى الكنايات والتفصيل فيه بين كون الحالة حالة مذاكرة الطلاق أولا . ولو طلق امرأته طلقة ثم قال أنت على حرام ونوى ثنتين لم يقع شىء ، ولو نوى الثلاث وقعت ثنتان فكملت الثلاث (قوله وإن قال أردت الظهار فهو ظهار) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، كذا ذكره القدورى ، وليس مذكورا فى ظاهر الرواية ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد فى مختصره ولا الطحاوى ، وإنما نقله شمس الأئمة عنهما من النوادر خلافا لمحمد . وجه قوله أن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو منتف . وفى جوامع الفقه نقل عن محمد أنه ظهار إذا نوى به الظهار على ماعرف النقل به عنه (قوله ولهما أنه أطلق الحرمة الخ) حاصله أن الحرمة أعم من الحرمة التى هى ظهار أولا ، والأعم يحتمل الخصوصيات ، فنية الظهار نية محتمل كلامه لانية خلاف ظاهره فيصدق قضاء (قوله وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئا فهو يمين يصير به موليا) ونص فى المحيط أنه خلاف قول محمد حيث قال فإن نوى اليمين أولم ينو شيئا كان يمينا وينصرف إلى الطعام والشراب ولا تدخل امرأته إلا بالنية هكذا قال محمد : ومن مشايخ بلخ من قال : تدخل امرأته بلانية فتبين وصحح فى هذا الزمان . وسئل نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها حلال الله عليك حرام فقال نعم تحرم هذه المرأة على زوجها ؟ قال نعم وكذلك حلال المسلمين . ثم على قول محمد رحمه الله إذا نوى امرأته حتى دخلت لايخرج الطعام والشراب عن اليمين فيحنث بأى ذلك وجد ، فإذا تناول شيئا من الطعام أو الشراب حنث وانقضى حكم يمينه حتى لو قرب امرأته بعد ذلك لايحنث ، ولا فرق بين أن يتناول قليلا أوكثيرا ، بخلاف ما إذا حلف لا يأكل هذا الطعام وهو مما يستوفيه واحد لايحنث مالم يستوف جميعه ، وكذا لايدخل اللباس

القاضى لايصدقه فى إبطال الإيلاء لأنه يمين ظاهرا) لكونه تحريم الحلال كما نذكره (وإن قال أردت الطلاق) فإن لم ينو شيئا من العدد أو نوى واحدة أو ثنتين (فهى واحدة بائنة ، وإن نوى الثلاث فثلاث) لأنه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها (وإن قال أردت الظهار فهو ظهار فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد : ليس بظهار) نقله شمس الأئمة السرخسى عن النوادر . لمحمد أن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون ظهارا (ولهما أنه أطلق الحرمة) وهى تحتمل أنواعا ، والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق الحرمة ، ومن نوى محتمل كلامه صدق (وإن قال أردت التحريم أو لم أرد شيئا فهو يمين يصير به موليا)

لأن الأصل فى تحريم الحلال إنما هو يمين عندنا وسنذكره فى الأيمان إن شاء الله. ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف ، والله أعلم بالصواب :

إلا بالنية . وإذا دخل لايخرج الطعام والشراب ، ولونوى الطعام والشراب فهو كما نوى، ولو نوى الطلاق فى نسائه واليمين فى نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين (قوله ومن المشايخ) هم المتأخرون لما ظهر من العرف فى ذلك، حتى لو قال لامرأته إن تزوّجتك فحلال الله علىّ حرام فتزوّجها تطلق ، ولهذا لايحلف به إلا الرجال ، ولو قالت هى أنا عليك حرام كان يمينا وإن لم تنو ، فلو مكنته حنثت وكفرت وصار كما إذا تلفظ بطلاقها غير ناو تطلق للصراحة والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة ، وعن هذا قالوا : لو نوى غير الطلاق لايصدق فى القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى . قال الأستاذ ظهير الدين المرغينانى : لا أقول لاتشترط النية لكن يجعل ناويا عرفا ، ولا فرق بين قوله أنت علىّ حرام أو حرمتك على أو لم يقل على أو أنت محرمة على أو لم يقل على أو أنا عليك حرام أو محرم أو حرمت نفسى عليك . ويشترط قوله عليك فى تحريم نفسه ، فلو لم يقله لاتطلق وإن نوى الطلاق ، بخلاف نفسها وقوله أنت معى فى الحرام بمنزلة قوله أنت علىّ حرام . وفى الفتاوى : لو قال لامرأته أنت على حرام أو حلال الله على حرام فهو على ثلاثة أوجه : أما إن كانت له امرأة أو أربع أو لم يكن له امرأة : إن كان له واحدة فقد ذكرنا ، وإن كان له أربع طلقت كل واحدة تطليقة ، وإن لم يكن له امرأة لزمه كفارة يمين ، وعلى فتوى الأوزجندى والإمام مسعود الكشانى يقع واحدة وعليه البيان . قال فى الذخيرة والخلاصة : هو الأشبه . وعندى أن الأشبه ما فى الفتاوى لأن قوله حلال الله أو حلال المسلمين يعم كل زوجة ، فإذا كان فيه عرف فى الطلاق يكون بمنزلة قوله هن طوالق لأن حلال الله شملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما فى قوله إحداكن طالق، وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع بائنا . ولو قال إن فعلت كذا فحلال الله علىّ حرام ثم قال لامرئ آخر إن فعلت كذا فحلال الله علىّ حرام ففعل أحدهما حتى وقع طلاق بائن ثم فعل الآخر . قال الإمام ظهير الدين : ينبغى أن يقع كما لو قال معلقا دون الأول .

[فروع تتعلق بالإيلاء] لو قال لاقربتك مادمت امرأتى فأبانها ثم تزوّجها لم يصر موليا ويقربها بلا حنث . ولو قال إن قربتك فعلىّ أن أنحر ولدى صح الإيلاء خلافا لزفر بناء على أنه يلزم بنذر ذبح الولد ذبح شاة عندهم ، ولا يلزم فيه شىء عند زفر . ومالك يوجب فيه نحر جزور . وروى عن أبى يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعى ، وهو الأوجه لأنه نذر معصية . ولو جن المولى ووطئها انحلت وسقط الإيلاء . ولو قال لنسائه الأربع

فإن قربها كفر ، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بالإيلاء، أما إذا أراد التحريم (فلأن الأصل فى تحريم الحلال إنما هو اليمين عندنا) لقوله تعالى ـ يا أيها النبىّ لم تحرم ما أحل الله لك ـ إلى قوله ـ قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ـ وأما إذا لم يرد شيئا فلأن الحرمة الثابتة باليمين أدنى الحرمات لأن فى الإيلاء الوطء حلال قبل الكفارة وفى الظهار ليس كذلك ، ولأن الحرمة فى الإيلاء لاتثبت فى الحال مالم تنقض أربعة أشهر ، وفى الظهار تثبت فى الحال . وإذا أريد به الطلاق وقع بائنا ويحرم الوطء والإيلاء لايحرم الوطء، فلما كانت حرمة اليمين أدنى الحرمات تعينت لتيقنها ، وسيجىء الكلام فيه فى الأيمان إن شاء الله تعالى (ومن مشايخنا من يصرف لفظ التحريم إلى الطلاق بدون النية) قال أبو بكر الإسكاف وأبو جعفر الهندوانى وأبو بكر بن سعيد : قال الفقيه أبو الليث : وبه نأخذ لأن العادة جرت فيما بين الناس فى زماننا هذا أنهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق ، والله تعالى أعلم .

(باب الخلع)

والله لا أقربكن يكون موليامن كلهن ، حتى لومضت أربعة أشهربن جميعا ، وقال زفر : لايكون موليا مالم يطأ ثلاثا منهن ، لأن الحنث إنما يقع إذا وطئ الكل ، فقربان الثلاث يمكنه بغيرحنث فلا يكون موليا منهن بل من الرابعة ، فكأنه قال إن قربت ثلاثا منكن فوالله لا أقرب الرابعة . قلنا : قصد الإضرار بهن كلهن فيكون موليا منهن ، فلما لم يوجد وطء جميعهن لايتحقق الحنث ، وإذا وجد يضاف الحنث إلى وطء كلهن لا إلى الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لأنه يمين معلقة فلا تنعقد مالم يوجد شرطها . ولو قال لهن والله لاأقرب إحداكن جعلناه موليا من واحدة . وقال زفر : مول من الأربع ،حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقرب إحداهن بانت واحدة منهن وعلى الزوج أن يعينها ، وعنده بن كلهن لأن قوله إحداكن وواحدة منكن سواء . ولو قال لا أقرب واحدة منكن يصير موليا منهن جميعا فكذا هذا . قلنا إحداكن لاتعم لأنه معرفة ، ولذا لايصح أن يقال لكل إحداهن على درهم ، وأما واحدة منكن فنكرة منفية فتعم ، ولذا صح لكل واحدة على درهم . ولو قال لزوجتيه والله لاأقرب إحداكما فمضت المدة بانت واحدة وإليه البيان ، ولو بين قبل مضى المدة لايصح كما لو علق طلاق إحداهن بمجيء الغد وبين قبل الغد ، وإذا بين بعد المدة وتعينت المبانة ثم مضت أربعة أشهر أخرى ؛ فعند أبي يوسف لاتبين الأخرى ، وكذا إذا لم يبين ، وقالا : تبين لأن اليمين باقية مالم يحنث ، ولما زالت مزاحمة الأولى بالبيان تعينت الأخرى بالإيلاء كما لو ماتت إحداهما . وله أنه آلى من إحداهما لامنهما ، وإحدى هنا ليست نكرة حتى تعم لأنها مضافة وتعينت فلا تبين الأخرى . وفى المحيط : لو قال أنتما على حرام يكون موليا من كل واحدة منهما ويحنث بوطئها . ولو قال والله لا أقربكما لايحنث إلا بوطئهما ، والفرق أن هتك حرمة اسمه تعالى لاتتحقق إلا بوطئهما . وفى قوله أنتما على حرام صار إيلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود فى كل منهما ، ولو آلى ثم ارتد ثم أسلم ثم تزوجها يكون موليا عند أبي حنيفة. وروى أبو يوسف عنه أنه يبطل إيلاؤه ، وإن اختلفا فى الفيء مع بقاء المدة فالقول له لأنه يملك الفيء ، وبعد مضى المدة فالقول لها لأنه ادعى الفيء فى حالة لايملكه فيها ، والله سبحانه الموفق .

(باب الخلع)

هو لغة : النزع خلع ثوبه ونعله ، ومنه خالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال ، وخالعها وتخالعا صيغ منها المفاعلة ملاحظة لملابسة كل الآخر كالثوب ، قال تعالى ـ هن لباس لكم وأنتم لباس لهن ـ وفى الشرع : أخذه المال بإزاء ملك النكاح ، والأولى قول بعضهم إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم

(باب الخلع)

أخر الخلع عن الإيلاء لمعنيين : أحدهما أن الإيلاء لتجرده عن المال كان أقرب إلى الطلاق ، بخلاف الخلع فإن فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة . والثانى أن مبنى الإيلاء نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة غالبا فقدم مابالرجل على مابالمرأة ، والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بمالها . وهو

(باب الخلع)

(قوله والخلع نشوز) أقول : أى مبنى الخلع (قوله فقدم ما بالرجل الخ) أقول : ولأنه لايحصل الفرقة بالإيلاء إلا بعد مدة ، بخلاف

(وإذا تشاقّ الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تفتدى نفسها منه بمال يخلعها به) لقوله تعالى ـ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ (فإذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم « الخلع تطليقة بائنة »

اللغوى . والفرق بخصوص المتعلق والقيد الزائد وقول بعضهم هو إزالة ملك النكاح ببدل ، ولا بد من زيادة قولنا بلفظ الخلع فيه وببدل فيما يليه ، فالصحيح إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع ، فإن الطلاق على مال ليس هو الخلع بل فى حكمه من وقوع البينونة لامطلقا وإلا لجرى فيه الخلاف فى أنه فسخ وفى سقوط المهر لو كان المال المسمى غيره وهو منتف. ولو قيل إنه بالمفهوم الشرعى مماصدقات المفهوم اللغوى لأن النزع مطلقا أعم من كون متعلقه أمرا حسيا أو معنويا كقيد النكاح بمقابلة شىء أولا لم يبعد، ولا ينافى ذلك النقل كما غلط من جعل أصول الفقه غير منقول لاندراج حقيقته فى مطلق مسمى الأصول لغة لأن تخصيص الاسم بالأخص بعد كونه للأعم الصادق عليه وعلى غيره نقل بلا شك . وشرطه شرط الطلاق . وحكمه وقوع الطلاق البائن عندنا . وصفته أنه يمين من جانب الزوج معاوضة من جانبها فتراعى أحكام اليمين من جانبه وأحكام المعاوضة من جانبها عند أبى حنيفة ، وعندهما هو يمين من الجانبين ؛ وستأتى ثمرة الخلاف (قوله إذا تشاقّ الزوجان) أى تخاصما (وخافا) أى علما كقوله :

ولا تدفننى فى الفلاة فإننى أخاف إذا مامت أن لا أذوقها

أى اعلم . وحدود الله تعالى ما حدده من المواجب التى أمر أن لا تتجاوز ، وهذا الشرط خرج مخرج الغالب إذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك ، لا أنه شرط معتبر المفهوم وهو مشاقتهما كذا قيل . وقد يقال: جواب المسئلة فى كلام القدورى الإباحة ، فإنه قال : لا بأس أن تفتدى نفسها منه بمال :وإباحة الأخذ منها مشروطة بمشاقتها فهو معتبر شرطا فى ذلك (قوله فإذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال) هذا حكم الخلع عند جماهير الأئمة من السلف والخلف ، وذهب المزنى إلى أن الخلع غير مشروع أصلا ، وقيدت الظاهرية صحته بما إذا كرهته

فى الشريعة عبارة عن أخذ مال من المرأة بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع . وشرطه شرط الطلاق . وحكمه وقوع الطلاق البائن . وصفته أنه من جانب المرأة معاوضة على قول أبى حنيفة ويمين من الجانبين عندهما على ماسيأتى بيان ثمرة الخلاف (إذا تشاقّ الزوجان) أى تخاصما وصار كل منهما فى شق : أى جانب (وخافا أن لا يقيما حدود الله) أى مايلزمهما من حقوق الزوجية (فلا بأس بأن تفتدى المرأة نفسها منه بمال تبذله لقوله تعالى ـ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ أى فلا جناح على الرجل فيما أخذ ولا على المرأة فيما أعطت ، سمى الله تعالى ما أعطته فداء من فداه ، من الأسر : إذا استنقذه لما أن النساء عوان عند الأزواج بالحديث وكان المال الذى يعطى فى تخليصهن فداء (فإذا فعلا ذلك وقع طلاق بائن ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم « الخلع تطليقة بائنة ») روى ذلك عن عمر وعلى

الخلع فكان نسبة الإيلاء إلى الخلع نسبة الطلاق الرجعى إلى البائن (قوله وحكمه وقوع الطلاق البائن) أقول : يعنى عندنا (قوله إنه من جانب المرأة معاوضة الخ) أقول : ويمين من جانب الزوج (قال المصنف وإذا تشاق الزوجان) أقول : قال ابن الهمام : هذا الشرط خرج مخرج الغالب ، إذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك لأنه شرط معتبر المفهوم . وقد يقال جواب المسألة فى كلام القدورى الإباحة ، فإنه قال لابأس وإباحة الأخذ مشروطة بمشاقتها اه . وفيه نوع تأمل (قوله فاذا فعلا ذلك) أقول : وقال الرجل خالعتها وقبلت المرأة .

. . . .

وخاف أن لايوفيها حقها أو أن لاتوفيه حقه ومنعته إذا كرهها هو . وقال قوم : لايجوز إلا بإذن السلطان ، روى عن ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن . وقالت الحنابلة : لايقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق لاينقص عدد الطلاق . وقال آخرون : يقع ويكون رجعيا ، فإن راجعها ردّ البدل الذى أخذه ، رواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب ، قال : فكان الزهرى يقول ذلك . وجه قول المزنى إن قوله تعالى ـ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ نسخ حكمها بقوله تعالى ـ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ـ أجيب بأنه متوقف على العلم بتأخر هذه وعدم إمكان الجمع ، والأول منتف ، وكذا الثانى ، ولأن هذا النهى متعلق بما إذا أراد الزوج استبدال غيرها مكانها ، والآية الأخرى مطلقة فكيف تكون هذه ناسخة لها مطلقا ؟ نعم لو أراد بالنسخ تقدم حكمها على المطلقة فى تلك الصورة : أعنى صورة إرادة الزوج الاستبدال بها من غير نشوز منها كان حسنا . وحاصله أنه يجب تقديم هذا الخاص على العام وهو حينئذ وجه مذهب الظاهرية . فإن قيل : الجواب مبنى على تقديم الخاص مطلقا . فالجواب لايصح لأن هذا الموضع مما يجب فيه تقديم الخاص عندنا . لأنا إذا قلنا : يتعارضان كان الحكم الثابت حينئذ وجوب الترجيح إذا أمكن ، والترجيح يثبت للمحرم على المبيح لأن فيه الاحتياط وهو هنا فى تقديم الخاص فيجب أن يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة لابحكم التخصيص ، وكل موضع قدمنا فيه العام على الخاص عند تعارضهما فى ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط بسبب كون حكم العام منعا والخاص يخرج منه بعض الأفراد كما فى « لا صلاة بعد الفجر والعصر » مع قوله صلى الله عليه وسلم « لاتمنعوا أحدا طاف بهذا البيت وصلى أية ساعة شاء من ليل أو نهار » وإيجابا كقوله صلى الله عليه وسلم « فيما سقت السماء العشر » مع قوله « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » وإلا فنفس كونه عاما لايقتضى التقدم لعين مفهومه ، بل لما يشتمل عليه من الاحتياط ، بل الجواب القول بموجبها وهو عدم حل الأخذ إذا كان النشوز من قبله ، وهو ماذكر المصنف بقوله كره له أن يأخذ : يعنى كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب وإن قال الإمام المحبوبى فى جوابهم : تأويل الآية فى الحل والحرمة لافى منع وجوب المال وتملكه لأن الحرمة لاتثبت مع معارضة موجبها ، فإن المعارضة تنفى القطعية لتطرق احتمال نسخها بالمعارض ، لكنه أراد ما ذكرنا ، وسيأتى ماهو الحق فيه إن شاء الله تعالى . وجه قول الحنابلة وهو قول الشافعى فى القديم ما روى عن طاوس عن ابن عباس : الخلع فرقة وليست بطلاق . رواه الدارقطنى عنه . وروى عبد الرزاق عنه : لو طلق رجل امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه حل له أن ينكحها ، قالوا : ذكر الله تعالى الطلاق فى أول الآية وفى آخرها والخلع بينهما . وروى نافع مولى ابن عمر أنه سمع ربيع بنت معوّذ بن عفراء تخبر ابن عمر أنها اختلعت من زوجها على عهد عثمان ابن عفان فجاء عمها إلى عثمان فقال إن ابنة معوّذ اختلعت من زوجها اليوم أفتنتقل ؟ فقال عثمان : لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها إلا أنها لاتنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل ، فقال ابن عمر : عثمان خيرنا وأعلمنا ، فهؤلاء أربعة من الصحابة ، فإن ربيع وعمها صحابيان ، قالوا بذلك ، ويستدل عليه أيضا بالآية ، قال تعالى ـ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ـ إلى أن قال ـ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ ثم

وابن مسعود موقوفا عليهم ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ،

قال : فإن طلقها : يعنى الثالثة المفاد شرعيتها بقوله تعالى ـ أو تسريح بإحسان ـ على ما أسلفناه من التقرير فى فصل فيما تحل به المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق ، وإلا كان الطلاق أربعا والثانى منتف . وأيضا فإن النكاح عقد يقبل الفسخ . وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك فى الافتداء . قلنا : أما هذا الأخير فحاصله أنه وجه مجوّز لكونه فسخا لايوجب كون الواقع فى الواقع أحد الجائزين بعينه وهو أنه فسخ أو طلاق فلا يفيد . وأما الآية فبالنظر إلى نفس التركيب يفيد بعد غاية التنزل أن الافتداء فرقة ليس غير . فإن حاصل الثابت به كونه تعالى بعد ما أفاد شرعية الثلاث وبين ذلك نص على حكم آخر هو جواز دفعها البدل تخلصا من قيد النكاح وأخذه منها من غير تعرض لكونه غير طلاق أو طلاقا هو الثالثة أولا فتعين أخذها من خارج البتة ، وهذا أوجه من قولهم بين الثالثة بعوض وبغيره لأنه لايحتاج الجواب إليه كما سمعت ، ولأنه يقتضى أن لايشرع الخلع إلا بعد ثنتين ، بل إنما نص على شرعية الثلاث وبين حكما آخر هو جواز الافتداء عن ملك النكاح من غير زيادة على ذلك ، وأما ماذكروه عن عثمان فبتقدير ثبوته ليس فيه سوى أنه قال : لاعدة عليها ولا تنكح حتى تحيض حيضة . وأصل هذا ما روى من حديث ابن عباس« أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه ، فأمرها النبى صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة» فسمى الحيضة عدة . رواه أبوداود والترمذى والحاكم وصححه . ثم رأيناه صلى الله عليه وسلم حكم فى خلع امرأة ثابت بن قيس بأنها طلقة على ما فى البخارى أنه قال له « اقبل الحديقة وطلقها تطليقة » فقول عثمان : لاعدة عليها : يعنى العدة المعهودة للمطلقات ، وللشارع ولاية الإيجاد والإعدام ، فهذا يفيدك بتقدير صحته عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخا ، على أن الذى تعرفه من حديث عثمان هذا هو ما رواه مالك عن نافع أن ربيع بنت معوّذ جاءت هى وعمها إلى عبد الله بن عمر فأخبرته أنها اختلعت من زوجها فى زمان عثمان ، فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره ، فقال ابن عمر : عدتها أو عدتك عدة المطلقة . وقال : بلغنا عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب أنهم كانوا يقولون : عدة المختلعة ثلاثة قروء . وقولهم إنه قول أربعة من الصحابة ممنوع لأنه ليس كل من اتصف باسم الصحابى يتبع أقضية النبى صلى الله عليه وسلم وآى الأحكام وعلم المتأخر والمتقدم وصار أهلا للاجتهاد بل يقلد بعضهم من اتصف بذلك، وظاهر حال ربيع وعمها ذلك ، فإنهما قد استفتيا عثمان فقال لهما ما قال فاعتقداه ، فليس فى المعنى إلا قول صحابيين لأن المقصود قول أهل الاجتهاد ، وهذا لو ثبت التلازم بين نفى العدة وكونه فسخا وهومنتف بما روى عن عثمان مما يخالف ذلك ، فلم يبق إلا قول ابن عباس . وذلك ماروى مالك عن أم بكرة الأسلمية أنها اختلعت من زوجها فارتفعا إلى عثمان رضى الله عنه فأجاز ذلك وقال : هى طلقة بائنة ، إلا أن تكونى سميت شيئا فهو على ماسميت . ولانعرفه فيه إلا أن جمهان (١) لم يعرفه الإمام أحمد فرد الحديث لذلك ، وهو جمهان أبو يعلى ، وأبو العلى مولى الأسلميين ، ويقال مولى يعقوب القبطى يعدّ فى أهل المدينة تابعيا . روى عن سعيد بن أبى وقاص وعثمان بن عفان وأبى هريرة وأم بكرة الأسلمية. وروى عنه عروة بن الزبير وموسى بن عبيدة الربذى وغيرهما ، وقال ابن حبان فى الثقات : هو جدّ جدة علىّ بن المدينى فهى ابنة عباس بن جمهان ، روى له ابن ماجه حديثا واحدا فى الصوم عن

---

(١) قوله جمهان هو كعثمان كما فى القاموس ، ووقع فى أسماء الرجال جهمان بتقديم الهاء ، وقال بضم الجيم وفتح الهاء ، والذى فى القاموس هو الموافق للنسخ ، كتبه مصححه .

ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات ، والواقع بالكناية بائن

أبي هريرة « لكل شيء زكاة ،وزكاة الجسدالصوم ، والصوم نصف الصبر » فلهذا صرح أصحابنا بنقل مذهبنا عن عثمان وابن مسعود وعلى رضي الله عنهم ، ثم يعارضه قول غيره ، بل والمروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أسند ابن أبي شيبة :حدثنا على بن هاشم عن ابن أبي ليلى عن طلحة بن مصرف عن إبراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود رضي الله عنه قال : لاتكون طلقة بائنة إلا في فدية أو إيلاء . وروى عن علىّ أيضا وتقدم ما رويناه عن عثمان ، وقال عبد الرزاق : حدثنا ابن جريج عن داود بن أبي عاصم عن سعيد بن المسيب «أن النبيّ صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة » ومراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لأنه من كبار التابعين ، وكبار التابعين قلّ أن يرسلوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا عن صحابي وإن اتفق غيره نادرا فعن ثقة ، هكذا تتبعت مراسيله ، وبه يقوى ظن حجية ما رواه المصنف عنه صلى الله عليه وسلم « الخلع طلقة بائنة » وكذا ما أخرجه الدارقطني وسكت عليه وابن عدى وأعله بعباد بن كثير الثقفي من « أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة » وإن كان لايصح على طريق أهل الشأن لأن الحكم بالضعف إنما هو ظاهر مع احتمال الصحة فى نفس الأمر ، فجاز أن يقوم دليل الصحة فى نفس الأمر مع الضعف فى الظاهر . وههنا نظر على أصولنا ، وهو أن ابن عباس رضي الله عنهما روى حديث امرأة ثابت بن قيس على ما فى البخارى عن ابن عباس « أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله ثابت بن قيس لا أعتب عليه فى دين ولا خلق ولكنى أكره الكفر فى الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم ، قال صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة » ثم إنّ ابن عباس قال بأنه فسخ ، وعمل الراوى عندنا بخلاف روايته ينزل منزل روايته للناسخ ، اللهم إلا أن يثبت رجوعه كما قالوا ، والله أعلم به . والجواب أن بتقدير أن ثابتا طلقها امتثالا لأمره صلى الله عليه وسلم لايبقى من محل النزاع وهوالخلع ، بل يصير طلاقا على مال ، فقول ابن عباس بعد ذلك : الخلع فسخ كلام فى مسئلة أخرى فحينئذ ما يأتى من تسمية الراوى له خلعا حيث قال : وكان أول خلع فى الإسلام يعنى أول طلاق بمال ، لأن الظاهر أن المخاطب بقوله صلى الله عليه وسلم طلقها امتثل قوله صلى الله عليه وسلم فطلق ، وكثيرا مايطلق الخلع على الطلاق بمال . وعلى كل حال فالأظهر من قول الصحابة ماقلناه مع مافيه من المرفوع الصريح الذى لايقاومه النقل التقديرى ، ولو تركنا الكل يتعارض ورجعنا إلى النظر فى المعنى أفاد ماقلناه فمن ذلك ماذكره المصنف رحمه الله بقوله (ولأنه) أى الخلع (من الكنايات) حتى لو قال خلعتك ينوى الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا ، لأن حقيقة الخلع لاتتحقق إلا به ، وقد قدمنا فى الكنايات أنها عوامل بحقائقها والنكاح قائم بالرجعى فلم ينخلع ، ثم لم يخرج عن ذلك إلا بذكر المال ، وذلك لايقتضى خروجه عن حاله ، وأيضا هذه فرقة بعد تمام النكاح ، والأصل فيه كونها طلاقا لأنه هو المعهود والحمل على ما عهد واجب حتى يدل على خلافه دليل ولم يثبت كما أريناك ، والفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة قبل تمامه لأن النكاح فيه خيار إذا بلغت وعتقت وخيار المولى فكان ذلك امتناعا عن إتمامه معنى ، وأيضا ملك النكاح ضرورى لأنه وارد

(ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات) فإذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى به الطلاق وقع (والواقع بالكناية بائن) فإذا قيل لو صار

إلا أن ذكر المال أغنى عن النية هنا ، ولأنها لاتسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة (وإن كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضا) لقوله تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج - إلى أن قال - فلا تأخذوا منه شيئا - ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد فى وحشتها بأخذ المال

على الحرة فيتقدر بقدر الضرورة وهو استيفاء منافع البضع فينتفى هذا الملك فى حق الفسخ ، وأما وجه من قال لابد من إذن الإمام فلم أره ، ويظهر أن قوله تعالى - فإن خفتم أن لايقيما حدود الله فلا جناح عليهما - فإنه تعالى شرعه مشروطا لخوف الأئمة والحكام إذ هم المخاطبون بقوله تعالى - فإن خفتم - وهذا فرع الترافع إليهم وإن كان خطاب فلا تأخذوا للأزواج فهو غير مستغرب فى القرآن أن يكون خطابان يتلو أحدهما الآخر والمخاطبون بأحدهما غيرهم بالآخر . والجواب ماذكرنا من قصة الربيع من الموطإ يفيد أن الخلع وقع دون علم عثمان رضى الله عنه به ولم ينكره ، وكذا ابن عمر حين سمع به فأفاد عدم فهمهما ذلك فيكون المراد من الآية إذن الأئمة من تمكينهم من الخلع إذا خافوا عليهما عدم القيام بالمواجب فيما إذا ارتفعوا إليهم لا أنه لابد من الترافع إليهم ، وعلى اعتبار هذا المفهوم يمنعونهم عند عدم هذا الخوف بالقول والفتوى ، وتبين حينئذ أنه ليس مباحا لقوله صلى الله عليه وسلم « المختلعات من المنافقات » رواه الترمذى ، وفيه وفى أبى داود عنه صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير ما بأس به لم ترح رائحة الجنة » لا بالحكم بعد النفاذ والصحة إذا وقع . وأما وجه من قال إنه رجعى فذكر بعضهم فيه ما لاحاصل له ، ولا غبار على الوجه المذكور فى الكتاب فيه وهو أنها إنما بذلت المال لتسلم لها نفسها ، والله تعالى شرع الافتداء لذلك ، وإلا لو كان رجعيا لم يحصل الغرض الذى شرع لأجله ولأنه معاوضة ، والزوج قد ملك المال حكما لصحة هذه المعاوضة فلا بد من أن تملك نفسها حكما لها تحقيقا لها كما فى جانبه ، والله سبحانه أعلم (قوله إلا إن ذكر المال) استدراك مما يتوهم لزومه على قوله إنه كناية من افتقاره إلى النية ، ومقتضاه أنه إذا أنكرها يصدق قضاء وليس كذلك ، قالوا : لايصدق فى لفظ الخلع والطلاق والمبارأة والبيع فى عدم النية عند ذكر المال بأن يقول بارأتك على ألف أو بعت نفسك أو طلاقك على ألف وعند عدمه يصدق فى إنكارها قضاء فى الخلع والمبارأة لافى لفظ الطلاق والبيع لأنهما صريحان ذكره فى الكافى . فأجاب بأن ذكر المال يغنى عنها إذ هو قرينة ظاهرة : على إرادة الطلاق إذ من المعلوم أنه لايستحقه إلا بسببه (قوله وإن كان النشوز من قبله

من الكنايات لكانت النية شرطا وليست بشرط . أجاب بقوله (إلا أن ذكر المال أغنى عن النية ههنا) وقد قيل فى بيانه إن الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس أو عن الخيرات أو عن النكاح ، فلما ذكر العوض تعين الانخلاع عن النكاح فلا يحتاج إلى النية (ولأنها لاتسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة) . قوله (وإن كان النشوز من قبله) يقال نشزت المرأة على زوجها فهى ناشزة : إذا استعصت عليه وأبغضته . وعن الزجاج : النشوز يكون من الزوجين وهى كراهة كل واحد منهما صاحبه (يكره له أن يأخذ عوضا لقوله تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا) فإن قيل : النهى ورد عن فعل حسى وهو الأخذ ومثله يقتضى عدم المشروعية ، ثم هو مؤكد بتواكيد هى قوله - أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا . وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا - فكيف الجواز مع الكراهة ؟ أجيب بأن النهى وإن ورد عن فعل حسى ولكنه لمعنى فى غيره وهو زيادة الإيحاش فلا يعدم المشروعية فى نفسه

(وإن كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها) وفى رواية الجامع الصغير طاب الفضل أيضا لإطلاق ماتلونا بدءا. ووجه الأخرى قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة ثابت بن قيس بن شماس « أما الزيادة فلا »

كره له أن يأخذ منها شيئا لقوله تعالى ـ فلا تأخذوا منه شيئا ـ نهى عن الأخذ منها عند عدم نشوزها وكونه منه. وتقدم ما قيل من أن ثبوت الكراهة دون التحريم للمعارضة وليس بشيء إذ لامعارضة فى التحريم ، فإن إطلاق نفى الجناح فى آية المطلقة مقيدا بالمشاقة فإن الآية هكذا ـ ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا أن لايقيما حدود الله . فإن خفتم أن لايقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ والنهى فى الآية الأخرى مقيد بانفراده بالنشوز فلا يتلاقيان فلا تعارض فى حرمة الأخذ . على أنه لو تعارضا كان التحريم ثابتا بالعمومات القطعية ، فإن الإجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق وفى إمساكها لا لرغبة بل إضرارا وتضييقا ليقتطع مالها فى مقابلة خلاصها من الشدة التى هى فيها معه ذلك وقال تعالى ـ ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ـ ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ـ فهذا دليل قطعى على حرمة أخذ مالها كذلك فيكون حراما إلا أنه لو أخذ جاز فى الحكم كما ذكره المصنف آخرا : أى يحكم بصحة التملك وإن كان بسبب خبيث ، وعلله بقوله (لأن مقتضى ماتلوناه) يعنى قوله تعالى ـ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ (شيئان الجواز حكما) يعنى الصحة والنفاذ فى القضاء فإنه ذكره مشبها بأخذ الزيادة وقد قال فيها جاز فى القضاء (والإباحة وقد ترك فى حق الإباحة لمعارض) وهو قوله تعالى ـ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج ـ الآية فبقى معمولا به فى الباقى : أى الجواز فى القضاء . لايقال : الجواز هو الإباحة ويتلازمان وجودا وعدما . لأنا نقول : إن معنى الإباحة استواء الطرفين فلا أجر ولا وزر ، ومعنى الجواز من جاز : أى مر . وبعد فهو النافذ شرعا : أى الصحيح وهو المعتبر سببا لترتب الآثار الشرعية فهو أعم من كونه مع الحل أو الحرمة كما فى كل نهى عن أمر شرعى لم يقم فيه دليل شرعى على أنه لعينه كالبيع وقت النداء والبيع بالخمر فلا تلازم . وهنا كذلك فالأخذ حرام فى حال عدم نشوزها وإن كان برضاها ، ولو فعل كان أخذه سببا للتملك كما فى البيع فيما قلنا حيث يملك بسبب ممنوع . لايقال : النهى هنا عن أمر حسى فيعدم وجوده شرعا فيخرجه عن انتهاضه سببا مفيدا لحكم الملك كالنهى عن الزنا ، لأن ذلك مقتضاه إذا لم يدل الدليل على أن النهى لغيره لا لعينه وهنا دل على أنه لزيادة الإيحاش . ولقائل أن يقول : إذا ترك فى حق الإباحة لمعارض يلزم انتفاء النفاذ شرعا وذلك لأن دلالته على النفاذ ليس إلا دلالة التزامية للإباحة لأن دلالته المطابقية على الإباحة إذ هى المعنى المطابقى لنفى الجناح ، ويلزم من ثبوت الإباحة النفاذ ، فإذا ارتفعت الإباحة ارتفعت بلازمها إلا أن يدل دليل مستقل آخر على ثبوت النفاذ شرعا وهو معدوم ، وعلى هذا يظهر قول الظاهرية (قوله لإطلاق ماتلونا بدءا) أى أولا وهو قوله تعالى ـ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ يعنى بطريق دلالته لاعبارته ، فإن عبارته رفع الجناح عند مشاقتهما ، ولا شك أن فى مشاقتهما مشاقته ، فإذا كان له أن يأخذ ماافتدت به مطلقا فيما فيه مشاقة منه فأخذه ذلك فيما لامشاقة منه فيه أولى (قوله ووجه الأخرى قوله عليه الصلاة والسلام فى امرأة ثابت الخ) تقدم ذكر الحديث

كما فى قوله صلى الله عليه وسلم « لاتتخذوا الدواب كراسى » وإلى هذا أشار بدليله الثانى وهو قوله ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد فى وحشتها بأخذ المال (وإن كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها . وفى الجامع الصغير : طاب الفضل أيضا لإطلاق ما تلوناه بدءا : أى أولا ، يعنى قوله تعالى ـ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ فإنه لايفصل بين الفضل وغيره (ووجه الرواية الأخرى) أى رواية القدورى وهى رواية كتاب الطلاق فى الأصل (قوله صلى الله عليه وسلم فى امرأة ثابت بن قيس بن شماس « أما الزيادة فلا » وقصتها ماروى

وقد كان النشوز منها (ولو أخذ الزيادة جاز فى القضاء) وكذلك إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ماتلونا شيئان الجواز حكما والإباحة ، وقد ترك العمل فى حق الإباحة لمعارض فبقى معمولاً فى الباقى

من رواية البخارى ، وليس فيه ذكر الزيادة ، وقد رويت مرسلة ومسندة ؛ فروى أبو داود فى مراسيله وابن أبى شيبة وعبد الرزاق كلهم عن عطاء ، وأقرب الأسانيد سند عبد الرزاق قال : أخبرنا ابن جريج عن عطاء قال « جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها ، فقال : أتردين عليه حديقته التى أصدقك ؟ قالت : نعم وزيادة ، قال : أما الزيادة فلا » وأخرجه الدارقطنى كذلك ، وقال : وقد أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس والمرسل أصح . وأخرج عن أبى الزبير « أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبى ابن سلول وكان أصدقها حديقة فكرهته ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته التى أعطاك ؟ قالت : نعم وزيادة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أما الزيادة فلا ولكن حديقته ، قالت نعم ، فأخذها وخلى سبيلها » اهـ . قال سمعه أبو الزبير من غير واحد ، ثم أخرج عن عطاء أن النبى صلى الله

« أن جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس . فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : لا أعتب على ثابت فى دين ولا خلق ، ولكنى أخشى الكفر فى الإسلام لشدة بغضى إياه ، فقال : أتردين إليه حديقته ؟ فقالت : نعم وزيادة ، فقال صلى الله عليه وسلم : أما الزيادة فلا » (وكان النشوز منها) بما روينا من الحديث ، فكان قوله « أما الزيادة فلا » ينفى إباحة أخذ الفضل على ماذكره ، وإذا انتفى الإباحة كان مكروها (ولو أخذ الزيادة جاز فى القضاء ، وكذلك إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ماتلونا) من قوله تعالى ـ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ (شيئان : الجواز حكما) أى جواز أخذ الزيادة فى القضاء (والإباحة) أى إباحة أخذ الزيادة هكذا فسر الشارحون كلام المصنف رحمه الله ، وفرقوا بين العبارتين بأن كل مباح جائز دون العكس ، لأن الجواز ضد الحرمة والإباحة ضد الكراهة ، فإذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فتنتفى الإباحة أيضا ، وإذا انتفت الإباحة ثبت ضدها وهو الكراهة ، ولا ينتفى به الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة (وقد ترك) يعنى ماتلونا (فى حق الإباحة لمعارض) وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أما الزيادة فلا » لكونه نهيا لمعنى فى غيره وهو زيادة الإيحاش كما تقدم وهو لايعدم المشروعية (فبقى معمولا فى الباقى) وهو الجواز . وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن النهى إنما ورد فى الحديث عن الرد ، وكلامنا فى كراهية الأخذ فليس الحديث متصلا بمحل النزاع . والثانى أن الحديث خبر واحد وهو لايعارض الكتاب . والجواب عن الأول أن الرد إذا كان غير مباح وهى ناشزة فكان الأخذ منها وهو غير ناشز أولى أن لايكون مباحا فكان متصلا بمحل النزاع من هذا الوجه . وعن الثانى بأن المعارض للكتاب إذا أخذ أبان وهو ناشز قوله تعالى ـ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج ـ إلى قوله ـ فلا تأخذوا منه شيئا ـ والكتاب يجوز أن

(قوله فقالت لا أعتب) أقول : العتب المؤاخذة والغضب من باب ضرب ، ومنه هذا الحديث (قوله أولى أن لايكون مباحا الخ) أقول : فيه بحث ، إذ ماذكره من الأولوية غير ظاهر (قوله قوله تعالى ـ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج ـ إلى قوله فلا تأخذوا منه شيئا ـ) أقول : قال ابن الهمام : فيه نظر لأن النهى عن الأخذ فى هذه الآية مقيد بنشوزه وحده ، وإطلاق الأخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص اهـ . أقول : ممنوع ، بل تخوف كل منهما أن لايقيم حدود الله وذلك يحصل بنشوز الواحد ، فإنه إذا نشزت المرأة فقط يجوز أن يخاف الرجل من استيلاء الغضب عليه فلا يقيم حدود الزوجية ، وكذا إذا نشز الرجل فتأمل .

(وإن طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال) لأن الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها ، والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها ، وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وإن لم يكن مالا

عليه وسلم قال « لا يأخذ الرجل من المختلعة أكثر مما أعطاها » وروى ابن ماجه عن ابن عباس « أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : والله ما أعتب على ثابت فى دين ولا خلق ولكنى أكره الكفر فى الإسلام لا أطيقه بغضا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت نعم ، فأمره أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد » ورواه من طريق آخر وسماها فيه حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة ، وكذا رواه الإمام أحمد وسماها حبيبة بنت سهل الأنصارية ، وزاد فيه : وكان ذلك أول خلع فى الإسلام ، فقد علمت أنه لا شك فى ثبوت هذه الزيادة لأن المرسل حجة عندنا بانفراده ، وعند غيرنا إذا اعتضد بمرسل آخر يرسله من روى عن غير رجال الأول أو بمسند كان حجة ، وقد اعتضد هنا بهما جميعا وظهر لك الخلاف فى اسم المرأة جميلة أو حبيبة أو زينب ، وفى اسم أبيها عبد الله بن أبيّ بن سلول أو سلول أو سهل والمسئلة مختلفة بين الصحابة . فذكر عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد بن نفيل : أن الربيع بنت معوّذ بن عفراء حدثته أنها اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه فخوصم فى ذلك إلى عثمان بن عفان فأجازه وأمره بأخذ عقاص رأسها فما دونه . وذكر أيضا عن ابن جريج عن موسى بن عقبة عن نافع أن عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من زوجها من كل شيء لها ومن كل ثوب حتى نقبتها . وروى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه رفعت إليه امرأة نشزت على زوجها فقال اخلعها ولو من قرطها . ذكره حماد بن سلمة عن أيوب عن كثير بن أبى كثير . وذكر عبد الرزاق عن معمر عن ليث عن الحكم بن عتيبة عن على بن أبى طالب رضى الله عنه : لا يأخذ منها فوق ما أعطاها . ورواه وكيع عن أبى حنيفة عن عمار بن عمران الهمدانى عن أبيه عن على أنه كره أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها . وقال طاوس : لا يحل له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها . وأورد أن شرط قبول خبر الواحد أن لا يعارض الكتاب وهذا معارض قوله ـ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ـ أجيب إذا خص منه شيء أو عورض بنص آخر مثله خرج عن القطعية فى الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع أن هذا الحديث إن كان معارضا لنص فهو موافق لآخر وهو قوله تعالى ـ فلا تأخذوا منه شيئا ـ فكان فى الحقيقة معارضة الكتاب بالكتاب فجاز التمسك به لأنه موافق لأحد النصين ، وفيه نظر لما قدمنا من أن النهى عن الأخذ فى هذه الآية مقيد بنشوزه وحده وإطلاق الأخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص ، لأن مورد العام غير صادق على مورد الخاص ليكون خلاف حكمه فى بعض متناولاته تخصيصا . لا يقال : أخذ الزيادة أيضا غير متناول المطلقة لأنها فى نشوزهما ونشوزها وحدها ليس نشوزهما . لأنا نقول . ثبتت إباحة أخذ الزيادة فى نشوزها وحدها بطريق أولى كما بينا . وعلى هذا فيظهر كون رواية الجامع أوجه . نعم يكون أخذ الزيادة خلاف الأولى ، ويكون محمل منعه صلى الله عليه وسلم ثابتا من أن يزداد الحمل على ما هو الأولى وطريق القرب إلى الله سبحانه ، والله أعلم (قوله ولو طلقها الخ) صورته أن يقول أنت طالق على ألف

يعارض الكتاب ، وإذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده أن يعارض بالخبر فكان الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جائزة (وإن طلقها على مال) مثل أن قال أنت طالق بألف درهم أو على ألف درهم (فقبلت وقع الطلاق ولزم المال) لأن هذا تصرف معاوضة يعتمد أهلية المتعاوضين وصلاحية

كالقصاص (وكان الطلاق بائنا) لما بينا ولأنه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هى الآخر وهى النفس تحقيقا للمساواة . قال (وإن يطل العوض فى الخلع مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شىء للزوج والفرقة بائنة ، وإن بطل العوض فى الطلاق كان رجعيا) فوقوع الطلاق فى الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما فى الحكم لأنه لما بطل العوض كان العامل فى الأول لفظ الخلع وهو كناية ، وفى الثانى الصريح وهو يعقب الرجعة وإنما لم يجب للزوج شىء عليها لأنها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارّة له ، ولأنه لا وجه إلى إيجاب المسمى للإسلام ولا إلى إيجاب غيره لعدم الالتزام ،

أو بألف ؛ أما لو قال وعليك ألف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عنده خلافا لهما وسيأتى ، وقوله فقبلت وقع الطلاق : أى غير متوقف على الأداء ولزمها المال فيطالبها به إن كانت حرة أو أمة اختلعت بإذن سيدها حتى تباع فيه ، وإن اختلعت بغير إذنه لا تطالب إلا بعد العتق ، وهذا بناء على جعل على للشرط واعتبار الفعل الد..ر القبول لا الأداء كما ذكره المصنف حيث قال وقد علقه بقبولها والمعين لذلك ذكره فى مقام المعاوضة وفى المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول لا الأداء ، وإلى هنا يتم التقرير ، ولابد من كون القبول فى المجلس. وزاد فى النهاية قوله : ولو قلنا بتعليقه بالأداء كانت كلمة على للشرط المحض ، وهى إنما كانت كذلك فى غير المعاوضات كما فى قوله أنت طالق على أن تدخلى الدار : يعنى أن تعليقه بالأداء يخرج إلى أن المعنى إن أديت فأنت طالق وهو الشرط المحض وهو مضرّ فى المعاوضات لاستلزامه تعليق البيع على أداء الثمن ونحوه . وقد يقال : إن ذلك جائز فى المعاوضات المحضة أما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من أنه يمين من جانبه أو الجانبين فليست هذه الزيادة محتاجا إليها فى التقرير لاستغناء الدليل عن ذلك . واعلم أن تعليق الوقوع بقبولها بحيث ينزل بمجرد هو فيما يتحقق فيه التحقيق أما فيما يحتمل فلا ، فلذا اختلف فيما إذا قال خلعت نفسك منى بكذا فقالت قبلت قيل يصح مطلقا ، وقيل لا يصح مطلقا . وقال الفقيه أبو جعفر : ينوى الزوج إن أراد به التحقيق دون السوم يصح وهو المختار للفتوى (قوله لما بينا) يعنى قوله ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها (قوله وهى النفس) أنث ضمير الآخر وهو مذكر لتأنيث اسمه الآخر : أعنى النفس (قوله وإن بطل العوض فى الخلع الخ) حاصله أنه إذا شرط فى الفرقة عوضا غير متقوم

المحل والكل حاصل ، أما أهلية الزوج فلأنه يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا لا محالة ، وقد علقه بقبولها بدلالة مقام المعاوضة فإن الحكم فيه متعلق بالقبول ، وأما أهلية المرأة فلأنها تملك التزام المال لولايتها على نفسها ، وأما صلاحية المحل فلأن ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه ، وإن لم يكن مالا كالقصاص فإنه ليس بمال ، وجاز أخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من أهله ، كذا فى بعض الشروح (وإذا وقع الطلاق كان بائنا لما بينا) أنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها (ولأنه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك الزوجة البدل الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة . قال : وإن بطل العوض فى الخلع) إذا خالع المسلم امرأته على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شىء للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة بائنة ، وإن طلقها على ذلك وهى مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع الطلقة الثالثة فلا شىء له والطلاق رجعى ، أما الاشتراك فى وقوع الطلاق فإنه علقه بقبولها وقد قبلت ، وأما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلأنه لما بطل العوض كان العامل فى الأول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم ، والواقع بها بائن إذا لم يكن من الألفاظ الثلاثة ، وهذه اللفظة ليست منها ، وفى الثانى الصريح وهو يعقب الرجعة

بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه فظهر أنه خمر لأنها سمت مالا فصار مغرورا، وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لأن ملك المولى فيه متقوّم وما رضى بزواله مجانا ،

حتى بطل ، فإما أن يكون موقعا بلفظ الخلع أو الطلاق ، فى الخلع يقع بائنا ، وفى الطلاق يقع رجعيا إن كانت مدخولا بها وهى دون الثلاث ، وترك المصنف التقييد بهما لاشتهار الحال فى الطلاق الثلاث ، وطلاق غير المدخول بها بحيث لايكاد يخفى على أحد ، وفيهما معا لايجب شىء للزوج . وجه الحكم الشامل أن ملك النكاح فى الخروج غير متقوم ولذا لايلزمه شىء فى الطلاق إجماعا وإباحة الافتداء ليس وضعا لتقومه شرعا وإلا لتعينت القيمة ولو بالنوع كمهر المثل ، فإذا سمى غير المتقوم فى غير المتقوم كان راضيا بسقوطه مجانا . وجه الافتراق أن لفظ الخلع من الكنايات التى لها دلالة على قطع الوصلة لأنه من خلع الخف والنعل والقميص ، وقدمنا أن الكنايات عوامل بحقائقها ، كما أفاد حقيقته منها قطع الوصلة كان الواقع به بائنا ومالا فرجعى ، ولفظ الخلع من الأول ، بخلاف لفظ اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة على ماسلف فإنما يقع بها رجعى ، ولفظ الطلاق صريح لايقتضى البينونة ، ولولا ثبوت هذا الاعتبار عندنا فى الكنايات لقلنا بالرجعى فيها كقول مالك وأحمد، والشافعى يخالفنا فى هذا الاعتبار فى الكنايات على ما أسلفناه فيها ، وقال هنا إن الواقع بائن بناء على أنه يوجب فيه رد مهر مثلها قياسا على بطلان العوض فى المهر وهو ضعيف لأنه مع الفارق ، فإن الشارع جعل البضع متقوما حالة الدخول ، حتى لو سكتا عن المهر لزمت قيمته وهى مهر المثل ولم يجعله متقوما حالة الخروج لما بينا فلم يلزم من بطلان العوض لزوم القيمة . وفى كتب المالكية : لو خلعها على حلال وحرام فخمر ومال صح ولايجب له إلا المال قيل هو قياس قول أصحابنا وهو صحيح . وفى جوامع الفقه : خالعها على عبد نفسه لايلزمها شىء لأنه مال لاتستحقه بحال ، وعرف مما قررنا أن اقتصاره على قوله لأنه من الكنايات لايستلزم البينونة (قوله بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه لأنها سمت ماهو مال وهو ليس بمال فيصير مغرورا) فيرجع عليها ؛ فعند أبى حنيفة ترد مهرها ، وعندهما مثل كيل الخمر خلا وسطا كما فى الصداق على ما تقدم فى باب المهر ، ولو علم الزوج بكونه خمرا لاشىء له (قوله وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر) أو نحوه مما هو مال لكنه ساقط التقوم. واحترز به عما لو كاتب على ميتة أو دم فإن الكتابة حينئذ باطلة، حتى لو أدى الميتة أو الدم لايعتق وههنا فاسدة، فلو أدى الخمر عتق وعليه قيمة نفسه (لأن ملك المولى فيه متقوم) ولهذا لايجوز اشتراط بدل العتق على الأجنبى كثمنه ابتداء (وما رضى بزواله مجانا) لأنه لو رضى لنجز عتقه ابتداء فتسمية مال غير متقوم فى المتقوم لايستلزم رضاه

وأما عدم وجوب شىء عليها للزوج فلأنها ماسمت مالا متقوّما لتصير غارّة له ، ولأنه لاوجه لإلزام المسمى لامتناع المسلم عن تسليمه وتسلمه ولا إلزام غيره لعدم الالتزام به (بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا) فإنه يلزم عليها رد المهر الذى أخذته عند أبى حنيفة . وعندهما كيل مثل ذلك من خل وسط ، وهذا والصداق سواء لأنها سمت مالا وغرته بذلك فكانت ضامنة لأن التغرير فى ضمن العقد يوجب الضمان. فإن قيل : ماالفرق بين هذا وبين ما إذا كاتب أو أعتق عبده على خمر حيث تكون الكتابة فاسدة وإن أداها عتق وعلى العبد قيمته . أجاب بقوله (وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لأن ملك المولى فيه) أى فى العبد (متقوم) حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب (وما رضى بزواله مجانا) فلما لم يقدر على تسليم البدل لعدم تقومه

(قوله لأنها سمت مالا) أقول : تعليل لقوله يلزم عليها رد المهر .

أما ملك البضع فى حالة الخروج غير متقوّم على ما نذكر ، وبخلاف النكاح لأن البضع فى حالة الدخول متقوّم ، والفقه أنه شريف فلم يشرع تملكه إلا بعوض إظهارا لشرفه ، فأما الإسقاط فنفسه شرف فلا حاجة إلى إيجاب المال . قال (وما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدلا فى الخلع) لأن مايصلح عوضا للمتقوّم

بلا عوض ، والعتق لايتوقف بعد وجوده فينزل ولا يمكن دفعه ، ولا إيجاب المسمى لفساده ولا وقوعه بلا بدل لما ذكرنا فيجب عليه رد مااحتبس عنده من ملك المولى وهو قيمة نفسه ،لأنه إذا تعذر البدل فى موضع لزومه تجب قيمة المبدل . ولقائل أن يقول : إن عنى بكون العبد متقوما عند الخروج أو حالة البقاء لزوم قيمته عند خروجه شرعا فممنوع ، وإن عنى إمكان الاعتياض فالبضع كذلك حالة الخروج ، فلا يفيد هذا الفرق فى الرجوع بينهما فى تسمية الخمر والخنزير . والجواب المراد أمر ثالث وهو كونه له قيمة فى الواقع بأن الشرع قوّم أو لا ببيع أو هبة وليس هذا فى البضع حالة الخروج (قوله والفقه فيه) أى فى لزوم تقومه عند الدخول دون الخروج (أنه) أى البضع (شريف فلم يشرع تملكه إلا بعوض ،فأما الإسقاط فنفسه شرف) أى يحصل به شرف البضع للتخلص به من المملوكية (فلا حاجة إلى إيجاب المال) إذلم يجب إلا هذا الغرض وهو حاصل هنا بدونه (قوله وما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدلا فى الخلع) ولا ينعكس كليا ، فالصادق بعض ما جاز بدل خلع جاز كونه مهرا والبعض لا كالأقل من العشرة وما فى يدها ، وما فى بطن غنمها وما فى بطن جاريتها يجوز وله ما فى بطونها ، ولا يجوز مهرا بل يجب مهر المثل . والفرق أن ما فى البطن ليس مالا فى الحال بل فى المآل فكان تعليقا بالانفصال من البطن ، وأحد العوضين وهو الطلاق هنا يقبل التعليق ، فكذا الآخر : أعنى المال ، ولا يقبله ما يقابل المال هناك وهو ملك النكاح فكذلك عوضه الآخر ، ولو لم يكن فى بطونها شىء حالة الخلع فلا شىء له ، وما حدث فى البطن بعد الخلع لها لا له لأنها غير غارّة ، إذ مافى البطن لم يتعين كونه مالا إذا ظهر لجواز كونه ريحا أو ميتة فلا يلزمها شىء . ويصح التأجيل فى بدل الخلع مع جهالة مستدركة كالحصاد والدياس لا الفاحشة كالمطر وهبوب الريح والميسرة ، وحيث لايصح التأجيل يجب المال حالا ، وهذا لأنه لما كان إسقاطا حتى جاز تعليقه وخلوه من العوض بالكلية وكان مما يجرى فيه التسامح جاز المجهول وإلى الأجل المجهول المستدرك الجهالة ،وعلى هذا الأصل يجوز اختلاعها على زراعة أرضها وركوب دابتها وخدمتها على وجه لايلزم خلوته

لزم قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة (أما ملك البضع فى حالة الخروج فغير متقوم على مايذكر) بعيد هذا بقوله والفقه فلا يلزمها شىء ، وهذا الجواب بالنسبة إلى العبد ظاهر كما ترى ، وكذا بالنسبة إلى المكاتب لأن ملك المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله بلا بدل ، ولما لم يصح البدل فسدت الكتابة ، وأما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع ، وإنما عتق المكاتب إذا أدى الخمر المسماة لأن فى الكتابة تعليق العتق بأداء المسمى وقد وجد الشرط فيقع المشروط . قيل وفى قوله على خمر تلويح إلى أنه لو كاتب على ميتة أو دم فالكتابة باطلة ،حتى لوأدى لم يعتق ولاتجب القيمة . وقوله (وبخلاف النكاح) للفرق بينه وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شىء (لأن البضع فى حالة الدخول متقوم) ولهذا إذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها كان من جميع المال (والفقه) ماذكره وهو واضح .قال (وما جاز أن يكون مهرا فى النكاح جاز أن يكون بدلا فى الخلع) كل ما جاز أن يكون مهرا فى النكاح جاز أن يكون بدلا فى الخلع ولا ينعكس (لأن ما يصلح أن يكون عوضا للمتقوّم

أولى أن يصلح عوضا لغير المتقوم (فإن قالت له خالعنى على ما فى يدى فخالعها فلم يكن فى يدها شئ فلا شئ له عليها) لأنها لم تغرّه بتسمية المال (وإن قالت خالعنى على ما فى يدى من مال فخالعها فلم يكن فى يدها شئ ردت عليه مهرها) لأنها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال إلا بعوض ، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا إلى قيمة البضع : أعنى مهر المثل لأنه غير متقوّم حالة الخروج فتعين إيجاب ماقام به على الزوج دفعا للضرر عنه

بها أو خدمة الأجنبى لأن هذه تجوز مهرا . وفى الخلاصة : قالت طلقنى على أن أوخر ما لى عليك فطلقها ، فإن كان للتأخير غاية معلومة صح به التأخير ، وإن لم يكن لايصح ، والطلاق رجعى على كل حال . وكذا لو طلقها على أن تبرئه عن الكفالة التى كفل بها لها عن فلان فالطلاق بائن انتهى ، كأنه لأن الأول ليس فيه مال لأن مطالبتها به لاتسقط بل تتأخر . بخلاف الثانى لتحقق سقوط المال أو مطالبتها إياه به (قوله أولى أن يصلح عوضا لغير المتقوم) وهو البضع حالة الخروج ، بخلافه حالة الدخول فإنه متقوم . وعن هذا جاز تزويج الأب ابنه الصغير على مال الصغير ولم يجز أن يخلع ابنته الصغيرة على مالها . ولو تزوّج المريض بمهر مثلها ينفذ من جميع المال . ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث فيكون له الأقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع إذا كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج فله الأقل من الإرث والثلث إذا ماتت وهى فى العدة ، فإن ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع إن كان يخرج من الثلث (قوله لأنها لم تغره بتسمية المال)لأن ما فى يدها قد يكون متقوما وقد يكون غيره فكان بذلك راضيا إن لم يكن مالا أو كان ، ومثل هذا قولها على ما فى بيتى أو ما فى بيتى من شئ وليس فيه شئ لايلزمها شئ لأن الشئ يصدق على غير المال ، فإن كان فيه شئ حال قولها فهو له كله . ولو قالت على ما فى بيتى من متاع وليس فيه مال يرجع عليها بمهرها للغرور والوجه ظاهر فى الكتاب . وقوله (لاوجه إلا إيجاب المسمى) أى ماسمته المرأة وهو المال (وقيمته للجهالة) قيل عليه يجب أن يلزمها مايصدق عليه اسم المال وأقله درهم لما

أولى أن يصلح عوضا لغيره) ولاينعكس ، فإذا اختلعت منه على مافى بطون غنمها جاز ، وله مافى بطون غنمها وقت الخلع دون ماحدث بعده . ولو تزوّج امرأة على مافى بطون غنمه وجب مهر المثل لأن التسمية غير صحيحة لكون ما فى البطن ليس بمال فى الحال وإن كان بعرضية أن يصير مالا بالانفصال لكنها بالنظر إلى ذلك تكون فى معنى الإضافة أو التعليق واحد العوضين وهو منافع البضع فى باب النكاح لايحتمل التعليق والإضافة فكذلك العوض الآخر . وأما الخلع فأحد العوضين فيه وهو الطلاق يحتمل الإضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر فأمكن تصحيح تسمية مافى البطن باعتبار المآل ، وإذا صحت التسمية فله المسمى إن وجد ، وإن لم يكن فى بطونها شئ فلاشئ له لأنها ماغرّته لأن مافى البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون ريحا (فإن قالت له خالعنى على ما فى يدى فخالعها فلم يكن فى يدها شئ فلاشئ له عليها لأنها لم تغره بتسمية المال لأن كلمة «ما» عامة تتناول المال وغيره (وإن قالت خالعنى على ما فى يدى من مال فلم يكن فى يدها شئ ردت عليه مهرها لأنها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال مجانا ، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة) أى جهالة كل واحد منهما ، ويجوز أن يكون معناه لجهالة المسمى ، وإن كان المسمى مجهولا كانت القيمة أكثر جهالة (ولا إلى قيمة البضع : أعنى مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج) كما تقدم (فتعين إيجاب ما قام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه)

(قوله لكنها بالنظر إلى ذلك) أقول : إشارة إلى قوله بعرضية أن يصير مالا (قال المصنف ردت عليه مهرها) أقول : قال ابن الهمام : قيل

(ولو قالت خالعنى على ما فى يدى من دراهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن فى يدها شىء فعليها ثلاثة دراهم) لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة ، وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لأن الكلام يختل بدونه

عرف فى الإقرار ، وهو مذهب أحمد رحمه الله . والجواب أن الجهالة توجب الفساد ، ولأن كون أقل ما هو مال درهما ممنوع (قوله لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة) فإن قيل : هذا فى قولها در هم ظاهر ، أما فى المحلى فينبغى أن يلزمها درهم لبطلان الجمعية باللام إلى الجنسية وهو يصدق بالفرد فينبغى أن يلزمها درهم . فالجواب أن ذلك عند عدم إمكان العهدية ، فأما إن أمكن اعتبر كونه المراد وهو كذلك هنا فإن قولها على ما فى يدى أفاد كون المسمى مظروفا بيدها وهو عام يصدق على الدراهم وغيرها ، فصار بالدراهم عهد فى الجملة من حيث هو مما صدقات لفظة ما وهو مبهم ولفظة من وقعت بيانا ومدخولها وهو الدراهم هو المبين لخصوص المظروف فصار كلفظ الذكر فى قوله تعالى ـ وليس الذكر كالأنثى ـ للعهد لتقدم ذكره فى قوله ـ ما فى بطنى محررا ـ وإن كان يخالفه فى كون مدخول اللام هنا واقعا بيانا للمعهود بخلافه فى ـ وليس الذكر كالأنثى ـ لأن المراد بلفظ ما فيه متعين لأن المنذور للبيعة إنما هو الذكر ، ولأنه لايكون للجنس إلا عند إمكان الاستغراق لاعند عدمه ولذا يكون للجنس " لا أشترى العبيد لإمكان الاستغراق فى النفى دون لأشترين " العبيد لعدم الإمكان فيحنث بشراء عبد واحد بالأول ولا يبر بشراء عبد فى الثانى بل بشراء ثلاثة ، وبهذا التقرير تبين لك أن من لبيان الجنس لا صلة كما ذكره المصنف ؛ ألا ترى إلى صدق ضابطها وهو صلاحية وضع الذى موضعها موصولا بمدخولها حال كونه خبر

وقوله (ولو قالت خالعنى على ما فى يدى من دراهم) واضح . وقوله (وكلمة من ههنا للصلة) إشارة إلى مايقال إذا كان فى هذه الصورة درهمان أو درهم يجب أن لايجب عليها شىء غير ذلك لأن كلمة من للتبعيض ، وكأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح النحويين كما فى قوله تعالى ـ فاجتنبوا الرجس من الأوثان ـ ومنهم من ضبط فقال : كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما فى قوله أخذت من الدراهم ، وكل موضع لايصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام ، فإنها لو قالت خالعنى على مافى يدى دراهم اختل الكلام ، وإذا لم تكن للتبعيض كان الجمع فيما نحن فيه باقيا على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم . واعترض بأن ماذكرت من الاختلال ليس بصحيح لأن قولها دراهم يجوز أن يكون بدلا من قولها مافى يدى ويكون تقديره خالعنى على دراهم وقولها الدراهم يكون بدلا أيضا ويكون تقديره خالعنى على الدراهم واللام إذا دخل الجمع ولم يكن ثم معهود يراد به الواحد ، فلو كان فى يدها درهم واحد وجب أن يكتفى به ولا يلزمها الزيادة . والجواب عن الأول أن هذا المنع لايضرنا لأنه إذا كان تقدير كلامها خالعنى على دراهم يلزمها ثلاثة وهو المطلوب .

عليه يجب أن يلزمه مايصدق عليه اسم المال وأقله درهم لما عرف فى الإقرار وهو مذهب أحمد ، والجواب : الجهالة الفاحشة توجب الفساد ، أو لأن كون أقل ماهو مال درهما ممنوع اهـ . وأنت خبير بأن كون أقل ماهو مال درهما مذكور ومصرح به فى كتاب الإقرار (قوله وكأنه أراد بكونه صلة أن يكون البيان على اصطلاح النحويين) أقول : فيكون له فى لفظه اصطلاح (قوله ومنهم من ضبط فقال : كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض الخ) أقول : تقدم فى آخر فصل المشيئة أن من فى قوله طلق نفسك من ثلاث ما شئت للتبعيض عند أبى حنيفة رحمه الله ولايصح الكلام بدونه (قوله لأن قوله دراهم يجوز أن يكون بدلا الخ) أقول : ويصح ـ فاجتنبوا الرجس من الأوثان ـ على البدلية (قوله واللام إذا دخل الجمع الخ) أقول : اعتراض ثان (قوله والجواب عن الأول الخ) أقول : إذا كان مراد المعترض عدم صحة ماذكر تفريعا على تلك الضابطة من كون كلمة من للصلة دون التبعيض مع أنها حقيقة فيه كما تقدم لم يتوجه هذا الجواب .

(فإن اختلعت على عبد لها آبق على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه إن قدرت وتسليم قيمته إن عجزت) لأنه عقد المعاوضة فيقتضى سلامة العوض ، واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل إلا أن الخلع

المبتدإ الذى هو ضمير المبهم هكذا ما فى يدى الذى هو الدراهم كقوله تعالى ـ فاجتنبوا الرجس من الأوثان ـ لصدق الرجس الذى هو الأوثان ، اللهم إلا أن يكون له فى لفظ الصلة اصطلاح ، وما قيل إن تعين الثلاثة فيما إذا لم يكن فى يدها شىء لأن البضع محترم فلابد من عدد معتبر وهو الثلاثة. دفع بأنه فرع تقوم البضع فى الخروج وهو منتف ، وفيه نظر لأن المراد أنه لما لزم المال من قولها على ما فى يدى من الدراهم وكان البضع محترما فالظاهر أن يراد ببدل إسقاط الملك عنه ماهو معتبر ، والدرهم الواحد وإن صدق عليه الجنس الذى صار إليه الجمع غير ذى خطر ولذا لم يقطع العضو به ، بخلاف الجمع فإنه ذو خطر وهو من محتملات الجنس كالفرد فيحمل عليه حملا لادلالة بالمعين المذكور ، كما أنه يحمل على الفرد بمعين لكونه المتيقن عند عدم مايعين غيره (قوله على أنها بريئة) يعنى إن وجدته سلمته وإلا فلا شىء عليها (قوله وعليها تسليم عينه الخ) هذا فرع صحة التسمية ، وإنما صحت فى الخلع لأن مبناه على المسامحة بسبب أنه اعتياض عن غير مال ، فالعجز عن تسليمه لايفضى إلى المنازعة فى القيمة فتدفع . وكذا لو خالعها على عبد الغير صحت ووجب تسليمه إن رضى سيده وإلا فقيمته ، وهذا بطريق أولى لأنه يجوز التزوج على عبد الغير وحكمه كذلك فالخلع عليه أولى ، بخلاف البيع لأن مبناه على المشاحة فالعجز يفضى إليها وهو لم يشرع إلا لقطعها فلا يجوز تسمية الآبق فيه ، وبخلاف ما إذا خالعته على دابة وعلى أن تزوجه امرأة وتمهرها عنه يصح الخلع لا التسمية فيرجع بمهرها لأن الجهالة متفاحشة لاختلاف الأجناس فلا يمكن إيجاب شىء مسمى بعينه ولا قيمته ، بخلاف ما نحن فيه لأنه يمكن تسليمه أو قيمته . وغاية الأمر أن يكون كتسمية عبد وسط ، فإذا صحت التسمية أوجبت تسليم المسمى فاشتراط البراءة عن ضمانه باطل لأنه اشتراط عدم البدل فى عقد المعاوضة وهو اشتراط عدم حكمه فيبطل هذا الشرط ، بخلاف اشتراط البراءة من عيب العوض لأنه يصح وإن

وعن الثانى لانسلم أنه لامعهود ثم بل ما فى يدها معهود بالإشارة إليها (فإن اختلعت على عبد لها آبق على أنها بريئة من ضمانه) يعنى أن لاتطالب بتحصيله وتسليمه ، بل إن حصل تسلمه إليه وإلا فلاشىء عليها (لم تبرأ وعليها تسليم عينه إن قدرت وتسليم قيمته إن عجزت) لأنه عقد معاوضة يقتضى سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرط فاسدا لأنه لاتقتضيه العقدة فيبطل دون الخلع لأنه لايبطل بالشروط الفاسدة . فإن قيل : سلمنا أن الخلع لايبطل بها لكن ينبغى أن تفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى ، وإذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق إليها من المهر كما إذا اختلعت منه على دابة . أجيب بأن العقد إذا كان صحيحا كان ماينافضه من الشرط ساقطا ، والساقط لايوثر فى فساد شىء ، وإنما فسدت التسمية فيما إذا اختلعت على دابة للجهالة المستقبحة لكونها تنتظم أنواعا مختلفة من الحيوان . فإن قيل : الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى أيضا . أجيب بأن استحقاق التسليم فوق استحقاق السليم ، فإن بيع مالا

(قوله وعن الثانى بأنا لانسلم أنه لامعهود ثمة بل مافى يدها معهود بالإشارة إليها) أقول : وأنت خبير بأن هذا المقدار من التعيين لا يكفى فى المعهودية ، ألا ترى أنهم لم يكتفوا فى معهودية الذكر فى قوله تعالى ـ وليس الذكر كالأنثى ـ بأن مافى بطنها معهود ، بل ضموا لذلك كونه محررا فليتأمل .

لايبطل بالشروط الفاسدة ، وعلى هذا النكاح (وإذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف) لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف ، وهذا لأن حرف الباء يصحب الإعواض

كان مقتضى العقد يوجب سلامته كما يوجب أصله لأن وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب أصله هو مقتضى العقد ، ثم يجب كونه سليما لأن وجوب مطلق الشيء يقتضى كماله ، لأن المعيب فائت من وجه فكان الموجب الأصلى هو العيب ، فاشتراط نفيه اشتراط نفى نفس مقتضاه ، بخلاف اشتراط كونه معيبا لأنه إثباته ، ثم إسقاط بعض الحقوق التابع وجوبها لوجوبه ، وذلك لايخل بإثبات مقتضاه . أو نقول : السلامة إنما هى مقتضى العقد الذى لم يشرط فيه عدمها وهو المطلق لاغيره ، بخلاف أصل البدل فإنه حكم كل عقد مطلقا . ولو اختلعت على عبد بعينه فمات فى يد الزوجة فعليها قيمته ، ولو كان مات قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذى أخذته لأنها غرته بتسمية العبد ، ولو كان حيا فاستحق لزمها قيمته لأنه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسليمه ذكره شمس الأئمة ، ويجب فى صورة ما إذا كان مات قبل الخلع إن كان الزوج علم بذلك أن لايجب له شيء كما قدمنا فى الخل المعين إذا ظهر خمرا وهو يعلم . وفى كافى الحاكم : وإن اختلعت بعبد حلال الدم فقتل عنده بذلك رجع عليها بقيمته كالاستحقاق ، وكذا لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده وأخذ قيمته (قوله فطلقها واحدة) أى فى المجلس حتى لو قام فطلقها لايجب شيء (قوله فعليها ثلث الألف) وبه قال الشافعى . وعن مالك تقع بالألف . وعند أحمد تقع بغير شيء ، والدعوى موقوفة على إثبات التلازم بين طلبها الثلاث بألف وطلب الواحدة بثلثه فأثبته بقوله إن الباء تصحب الأعواض باتفاق . والعوض ينقسم على المعوّض بالضرورة وإلا لخلا بعضه عنه فيكون بعضه بلا عوض ، لكن الغرض أن لاتبرع بشيء منه ، لكن لازم هذا جعل كل طلقة بمقابلة ثلث الألف ، والمطلوب وهو طلب كل طلقة بثلثه لازمه ، لأنه إذا كان العلم محيطا بالانقسام فى نفس الأمر يكون طلب الجملة بعوض طلب كل جزء منه بكل جزء منه ، لكن يبقى فيه أنه إنما هو طلب الطلقة بحصتها حال كونها مع الطلقتين الأخريين لامنفردة ، فإيقاعه الواحدة فقط إيقاع غير المسئول فيقع بغير شيء ، وهو وجه قول الإمام أحمد ، فلذا رتب فى الكافى الدعوى على اللازم الأول وهو جعلها كل طلقة بثلثها ، وجعله نظير من يقول لغيره بع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف فباع أحدهم بثلثها يجوز باعتبار أنه تحصيل بعض المقصود ، كذا هذا بل أولى ، فإن مقصودها الأصلى ملكها نفسها بقطع ملكه . غير أنها ذكرت إحدى صورتى ذلك وهو الثلاث بعد علمها بحصة كل منها فإبانتها بواحدة تحصيل أصل المقصود فى صورة أخرى فهو أولى بجوازه بحصتها ، بخلاف عدم الجواز فى قوله بعتك هذه الأعبد الثلاثة بألف كل واحد بثلثها فقبل فى واحد لايجوز على قول أبى حنيفة فإنه لمانع وهو تفريق الصفقة فإنه ضرر على البائع ، لأن عادة التجار ضم الجيد إلى الردىء فى الصفقة ليروّجوا الردىء ، فالقبول

يقدر على تسليمه لايجوز ، والبيع بشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا يلزم من جواز الأدنى جوار الأعلى ، ولأن الرغبة فى تملك الشيء للانتفاع به وذلك بالتسليم وباشتراط البراءة عنه يفوت المقصود ، ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب . وقوله (وعلى هذا النكاح) يعنى إذا تزوّج امرأة على عبد آبق على أنه برئ من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه الخ (وإذا قالت طلقنى ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف) وكلامه واضح (وإن قالت

(قوله ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب) أقول : فإن الأصل هناك باق فيجوز العقد .

والعوض ينقسم على المعوّض والطلاق بائن لوجوب المال (وإن قالت طلقنى ثلاثا على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند أبى حنيفة رحمه الله ويملك الرجعة . وقالا : هى واحدة بائنة بثلث الألف) لأن كلمة على بمنزلة الباء فى المعاوضات ، حتى إن قولهم احمل هذا الطعام بدرهم أو على درهم سواء . وله أن كلمة على للشرط ، قال الله تعالى ـ يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا ـ ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلى الدار كان شرطا ، وهذا لأنه للزوم حقيقة ، واستعير للشرط لأنه يلازم الجزاء ، وإذ كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط ،

فى بعضها إلحاق الضرر به ، وبخلاف مالو قال لها أنت طالق ثلاثا بألف فقبلت فى واحدة لا يقع شيء ولا يجب شيء لأن الزوج هناك راض بالبينونة مقابلا بثلث الألف حيث كان الإيقاع منه ، وفى هذه لم يرض بها إلا وأن يكون بإزائها ألف ولم يوجد منه بعد الإيجاب ما يدل على الرضا . ولو قالت طلقنى ثلاثا بألف فطلقها ثلاثا متفرقة فى مجلس واحد استحق الألف استحسانا . وفى الذخيرة : قالت طلقنى ثلاثا على ألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة يلزمها الألف لأنها التزمته بإزاء الحرمة الغليظة . وفى المرغينانى : لو قال أنت طالق أربعا بألف فقبلت طلقت ثلاثا بألف ، ولو قبلت الثلاث بالألف لم يقع . وفى الخلاصة قبيل الفصل الرابع فى الأمر باليد عن أبى يوسف : لو قالت طلقنى أربعا بألف فطلقها ثلاثا فهى بالألف ، ولو طلقها واحدة فبثلث الألف (قوله وهذا لأنه للزوم حقيقة واستعير للشرط) يبين أن قوله قبله إن كلمة على للشرط مراده مجازا . وفى النهاية : لا يتم تعليل أبى حنيفة إلا على تعليل المبسوط حيث ادعى أنها للشرط حقيقة لأنه على تقدير كونها مستعارة للشرط ، لهما أن يقولا لم صارت تلك الاستعارة أولى من استعارتها لمعنى الباء ، بل استعارتها لمعنى الباء أولى لأن حقيقتها الإلزام بالاتفاق ، والمناسبة بين الإلصاق واللزوم أكثر منها بين الإلزام والشرط . ثم نقل ما فى المبسوط أنها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا إذ الطلاق مما يتعلق به فيجب اعتبارها فيه إذ لا يعدل إلى المجاز مع إمكان الحقيقة : والحق أن يقال : إنها حقيقة للاستعلاء إذا اتصلت بالأجسام المحسوسة كقمت على السطح والعتبة وجلست على

طلقنى ثلاثا على ألف درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعى ، ولا شيء عليها عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : وقعت تطليقة بائنة بثلث الألف) لأن الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة (وكلمة على بمنزلة الباء فى المعاوضات ، حتى إن قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء) وإذا كان معاوضة انقسم أجزاء العوض على أجزاء المعوض (ولأبى حنيفة أن كلمة على للشرط) أى تستعمل للشرط مجازا (قال الله تعالى ـ يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا ـ) أى بشرط عدم الإشراك بالله (ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلى الدار كان شرطا) ويجوّز المجاز ما ذكره المصنف أنه استعير للشرط لأنه يلازم الجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم (وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط) وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لأنه دخل على تمليك المال وذلك لا يقبل التعليق . والثانى أن ما ذهبتم إليه مجاز وما ذهبنا إليه مجاز آخر ، وليس أحد المجازين بأولى من الآخر ، فإن اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض . والجواب عن الأول أن المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجاز أن يقبله تبعا لمتبوعه وإن لم يقبله مستقلا ، وعن الثانى أن اللزوم بين العوضين بالتضايف وبين الشرط والجزاء بالذات وكان جعله للشرط مجازا أقرب إلى حقيقته ، والمجاز

(قوله فكانت المناسبة بينهما) أقول : أى بين على والشرط (قوله وبين الشرط والجزاء) أقول : أى جنسهما .

بخلاف الباء لأنه للعوض على ما مر ، وإذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع الطلاق ويملك الرجعة (ولو قال الزوج طلقى نفسك ثلاثا بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شىء) لأن الزوج ما رضى بالبينونة إلا لتسلم له الألف كلها ، بخلاف قولها طلقنى ثلاثا بألف لأنها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها أرضى (ولو قال أنت طالق على ألف فقبلت طلقت وعليها الألف وهو كقوله أنت طالق بألف) ولا بد من القبول فى الوجهين لأن

الأرض والبساط ومسحت على رأسى ، وهو محمل إطلاق أهل العربية كونها للاستعلاء ،وفى غير ذلك هى حقيقة فى معنى اللزوم الصادق فى ضمن مايجب فيه الشرط المحض نحو قوله ـ يبايعنك على أن لايشركن بالله شيئا ـ أى بشرط ذلك ، ونحوه أنت طالق على أن تدخلى الدار ، وما يجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كبعنى هذا على ألف واحمله على درهم ، والعرفية كافعل كذا على أن أنصرك أوأعطيك أو أشفع لك عند فلان ، والمحل المتنازع فيه مما يصح فيه كل من الأمرين لأن الطلاق مما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض به ولا مرجح ، وكون مدخولها مالا لايرجح معنى الاعتياض فإن المال يصح جعله شرطا محضا حتى لاتنقسم أجزاؤه على أجزاء مقابله ، كما لو قالت إن طلقتنى ثلاثا فلك ألف حتى لايكون شىء من الطلقات مقابلا بشىء بل المجموع ينزل عند المجموع ، كما يصح جعله عوضا منقسما كما فى بألف . فعلى اعتبار المعاوضة ثلث الألف بالطلقة وعلى اعتبار الشرط لا ، إذ الشرط لاتتوزع أجزاؤه على أجزاء المشروط ، بل مجموعه مجعول علامة على نزول كله ، فدار الأمر بين لزوم ثلث الألف وعدمه فلا يلزم بالشك ولا يحتاط فى اللزوم إذ الأصل فراغ الذمة حتى يتحقق اشتغالها ، وعلى هذا التقرير يكون لفظا مشتركا بين الاستعلاء واللزوم ، وكونه لايوجب التوقف عند إطلاقه كما فى المشتركات لاينفيه ، إذ غايته أنه للزوم القرينة المعينة لأحد المفهومين وهو خصوص المادة : أعنى كون مدخولها جسما محسوسا أو غيره ، وكون المجاز خيرا من الاشتراك هو عند التردد ، أما عند قيام دليل الحقيقة وهو التبادر بمجرد الإطلاق فلا ، ولا شك أن الاشتراك واقع وليس إلا لدليله ، على أنه لو سلم دعوى أن المعنى الحقيقى هو الاستعلاء والمجازى اللزوم ليس بأولى من القلب ، وكون ذلك قول أهل العربية لايرجحه لأن أهل الاجتهاد هم أهل العربية وغيرها وأحد من الكل لاينقل عن الواضع أن المعنى الحقيقى كذا ، بل ليس حكمهم به إلا بناء على ما رأوه متبادرا عند الإطلاق لأهل اللسان ، ونحن أوجدناك تبادر اللزوم فى ذلك النوع كما يتبادر الاستعلاء فى الآخر . هذا ولو تنزلنا إلى كونه فى اللزوم مجازا لم يضرنا فى المطلوب فنقول : لما تعذرت الحقيقة : أعنى الاستعلاء كان فى المجازى : أعنى اللزوم ، وهذا المعنى المجازى معنى كلى صادق مع مايجب فيه الشرطية وما يجب فيه المعاوضة إلى آخر ماقلناه بعينه (قوله ولو قال الزوج طلقى نفسك ثلاثا بألف) تقدم وجه الفرق بين ابتدائها وابتدائه (قوله ولو قال أنت طالق ، إلى قوله : ولا بد من القبول) لو قال أنت طالق بألف أو على ألف

الأقرب إلى الحقيقة أولى على ماعرف فى الأصول (قوله عى مامر) أراد به قوله لأن حرف الباء يصحب الإعواض (وإذا لم يجب المال كان طلاقا مبتدأ) غير مبنى على سؤالها (فوقع وله الرجعة) وقوله (ولو قال الزوج طلقى نفسك ثلاثا) ظاهر (ولو قال لها أنت طالق على ألف أو بألف يتوقف على قبولها فى المجلس ، وهذا يمين من جهته فيصح تعليقه وإضافته ولايصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ، ويتوقف على البلوغ إن كانت غائبة لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها وإضافتها ، ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس . وقوله لأن معنى قوله بألف بعوض يجب لى عليك نظرا إلى الباء ، ومعنى

معنى قوله بألف بعوض ألف يجب لى عليك ، ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لى عليك ، والعوض لايجب بدون قبوله ؛ والمعلق بالشرط لاينزل قبل وجوده ، والطلاق بائن لما قلنا (ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت ، وقال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ، ولا شيء عليهما عند أبى حنيفة)

أو خلعتك أو بارأتك أو طاقتك بألف أوعلى ألف يقع على القبول فى مجلسها وهو يمين من جهته فيصح تعليقه وإضافته ، ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ إليها إذا كانت غائبة لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال ، وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها وإضافتها، ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها . أما تعليقه بالقبول فلأن الباء للمعاوضة . وقدمنا أن فى المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول ، وكذا على عندهما فلا إشكال ، وعنده هى للشرط فلا بدمن تقدير فعله فهو إما القبول أو الأداء ، ويتعين القبول بدلالة الحال وهو قصد المعاوضة . فان قلت : فلم لم تعتبر جهة المعاوضة فى قولها طلقنى ثلاثا على ألف فطلقها واحدة على قوله وكان يجب ثلثها . فالجواب : صلاحية هذا القدر لكونه قرينة معينة للشرط أنه القبول أو الأداء بعد لزوم إرادة أحدهما لايستلزم لزوم جعله موجبا لأصل المال من غير أن يثبت لزومه ؛ بل قالوا ماهو أبلغ من هذا. وهو لو قال أنت طالق على أن تعطينى ألفا تعلق بالقبول مصرح به فى جواب الرواية من كتب محمد، أما لو قال إذا أعطيتنى أو إذا جئتنى بألف فلا تطلق حتى تعطيه للتصريح بجعل الإعطاء شرطا بخلافه مع على . حتى إنه إذا كان على الزوج دين لها وقعت المقاصة فى مثله فى مسئلة على أن تعطينى دون إن أعطيتنى إلا أن يرضى الزوج طلاقا مستقبلا بألف لها عليه ، وذلك لأنه يقال على أن تعطينى منك كذا ، ويراد قبوله فى العرف . قال تعالى ـ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ـ أى حتى يقبلوا ، للإجماع على أن بقبولها ينتهى الحرب معهم ، هذا ثم فى قوله إن أعطيتنى يشترط الإعطاء فى المجلس لوقوع الطلاق ، وفى قوله إذا أو متى أعطيتنى لاحاجة إلى الإعطاء فى المجلس . وهذا يبين أن معنى المعاوضة ملاحظ وإن ذكر بصريح الشرط . وسنذكر نحوه من مختصر الحاكم . وأما الثانى وهو اشتراط مجلسها فلأنه معاوضة من جانبها حتى صح رجوعها إذا ابتدأ قبل قبول الزوج ولا يصح تعليقها ولا إضافتها والمبادلات تستدعى جوابا فى المجلس ، فإذا لم تجب حتى قامت لم يعتبر قبولها إذ ذاك وفى جانبه هو يمين على ماسنذكره .

[فرع] قال لأجنبية أنت طالق على ألف إن تزوجتك فقبلت ثم تزوجها لايعتبر القبول إلا بعد التزوج . ولم يحك خلافا فى جوامع الفقه ، وغيره جعل هذا قول أبى حنيفة . وعند أبى يوسف : إذا قبلت عند قوله ثم تزوجها طلقت . والحق قول أبى حنيفة لأنه خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعده (قوله ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف أو لعبده أنت حر وعليك ألف) أو قالت هى أو العبد طلقنى أو أعتقنى ولك ألف فى ابتدائه

قوله على ألف على شرط ألف يكون لى عليك إنما هو على قول أبى حنيفة ، وأما عندهما فلا فرق بين العبارتين (والعوض لايجب بدون قبوله) ظاهر (وقوله والمعلق بالشرط لاينزل قبل وجوده) يحتاج إلى أن يضم إليه وبوجوده يكون الألف عليها وكونها عليها إنما يكون بالقبول ، فإذا قبلت فى المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الألف ويكون الطلاق بائنا لما قلنا : يعنى فى أول هذا الباب من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الخلع تطليقة بائنة» ومن المعقول وهو قوله ولأنها لاتسلم المال إلا لتسلم لها نفسها (ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت وقع الطلاق ولا شيء عليها عند أبى حنيفة ، وكذا لو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل ،وكذلك

وكذا إذا لم يقبلا (وقالا على كل واحد منهما الألف إذا قبل) وإذا لم يقبل لايقع الطلاق والعتاق . لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة ، فإن قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم . وله أنه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله إلا بدلالة ، إذ الأصل فيها الاستقلال ولا دلالة ، لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال ، بخلاف البيع

يقع الطلاق والعتق بمجرد ذكرهما ، ولاشيء له قبلا اوردا . وفي الثاني يقع إذا أجاب ولا شيء له ، وقالا : لايقع شيء مالم يقبلا ، فإذا قبلا وقع ولزمهما المال. لهما أن هذا الكلام يقع لقصد المعاوضة حتى إن قوله للخياط خطه ولك درهم وللحمال احمله ولك درهم يفيدها ، ويلزم المسمى المعلوم بإرادة تسبب الخياطة والحمل لكنه ترك لإحاطة العلم بإرادته . وطريقة إفادة اللفظ لذلك أن تجعل الواو للحال . فعنده الحاصل أنت طالق أو خطه في حال وجوب الألف لي عليك أو لك عليّ ، ولا يتحقق هذا الحال إلا بقبوله ، فعنده يثبت شرط الطلاق إذ الأحوال شروط فيقع عقيبه ولزم المال . فإن قيل : إنما عرف ذلك العلم بالمعاوضة لدلالة الحال عليه ولا كذلك ههنا . قلنا : الخلع أيضا معاوضة . وله أن قوله وعليك وقولهما ولك ألف جملة تامة ، والأصل في الجملة التامة أن تستقل بنفسها فلا يعتبر فيها ما اعتبر فيما قبلها من القيود ، ولذا لو قال إن دخل فلان الدار فأنت طالق وضرتك طالق تطلق الضرة للحال إلا بقرينة تفيد مشاركتها فيه ، كما في قوله إن دخلت فأنت طالق وعبدي حرّ فإن العتق يتعلق أيضا بالدخول ، لأن قوله وعبدي حرّ وإن كان تاما إلا أنه في حق التعليق قاصر لأن الخبر الأول لايصلح خبرا له ، بخلاف مسئلة الضرة لأنه يكفيه أن يقول وضرتك إن كان غرضه التعليق لأن خبر الأول يصلح خبرا له ، ولا دلالة هنا لأن الطلاق والعتاق لم يلزم فيهما المال ، ومع عدم اللزوم فالكرام يأبون قبول بدلهما أشد الإباء ، بخلاف الإجارة لأنها لم تشرع إلا معاوضة فلا بد فيها من المال ، حتى لو قال للخياط خطه مقتصرا لزم إذا خاطه أجرة المثل فوجب بقاء الواو على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الإيقاع عطف أخرى هي دعوى

الحكم إن لم يقبلا . وقالا : على كل واحد منهما الألف إذا قبلا ، وإذا لم يقبلا لايقع الطلاق والعتاق) ويعلم من هذا أن الخلاف في موضعين أحدهما أن المرأة أو العبد إذا قبل المال وقع الطلاق والعتاق مجانا عند أبي حنيفة ولا معتبر بقبولهما ، وعندهما يجب على المرأة والعبد المال . والثاني أنهما إذا لم يقبلا المال يقع الطلاق والعتاق عنده كما إذا قبلا ، وعندهما إذا لم يقبلا لم يقعا (لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة ، فإن قولهم احمل هذا المتاع ولك عليّ درهم بمنزلة قولهم بدرهم) والخلع معاوضة فيحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعاوضة كأنه قال أنت طالق بألف درهم فقبلت . ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال كأنه قال أنت طالق في حال مايجب لي عليك ألف ولايكون ذلك إلا بعد قبولها ، فإذا قبلت وجب الألف . ولأبي حنيفة رحمه الله أن قوله وعليك ألف جملة تامة من مبتدإ وخبر وكل ما هو كذلك لايرتبط بما قبله إلا بدليل ، إذ الأصل في الجملة التامة الاستقلال ولا دليل ههنا (لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال) بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض (بخلاف البيع

(قوله والخلع معاوضة الخ) أقول : أي من جهة المرأة فيه بحث ، إذ قد سبق في أول الباب أن الخلع يمين من الجانبين عندهما إلا أن يكون الكلام إلزاميا (قوله لهما أن هذا الكلام ، إلى قوله : والخلع معاوضة) أقول : كون الخلع معاوضة مسلم ، إلا أن الكلام في كون هذا التصرف خلعا (قوله فتحمل الواو على معنى الباء) أقول : فيه بحث (قوله ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال ، إلى قوله : ولا يكون ذلك إلا بعد قبولها الخ) أقول : إذ الأحوال شروط (قوله ولأبي حنيفة رحمه الله الخ) أقول : قال ابن الهمام . قالوا وباقية على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الإيقاع عطف أخرى هي دعوى المال عليهم ابتداء انتهى . محصل كلامه أن المال في الصورتين لايلزم

والإجارة لأنهما لايوجدان دونه (ولو قال أنت طالق على ألف على أنى بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج ، وهو جائز إذا كان للمرأة ، فإن ردت الخيار فى الثلاث بطل ، وإن لم ترد طلقت ولزمها الألف) وهذا عند أبى حنيفة (وقالا : الخيار باطل فى الوجهين ، والطلاق واقع وعليها ألف درهم) لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد ، والتصرفان لايحتملان الفسخ من الجانبين لأنه فى جانبه يمين ومن جانبها شرطها .

مال عليهما ابتداء . وفى قولهما ولك ألف إيجاب صلة مبتدأة وعدا منهما ، والمواعيد لايتعلق بها اللزوم فيبقى الطلاق والعتاق فيهما بلا بدل ، بخلاف قوله أدّ إلىّ ألفا وأنت حرّ ، لأن أوّل كلامه غير مفيد حكما معتبرا إلا بآخره ، إذ لامعنى لأمره بأدائها من غير موجب ، والقرينة فى حق العبد لاتبلغ هذا فيصير به تعليقا للعتق بأداء المال فيتوقف الوقوع عليه ، أما هذا فأوّل الكلام مفيد بدون آخره منه ظاهر ، وكذا منها لأنه التماس صحيح كثيرا مايفرد ذكره فلا يتوقف على مضمون آخره . واعلم أن جعلهم الواو للعطف يستلزم عطف الخبر على الإنشاء وهو ممتنع على ما ذكروه فى الأصول فيجب أن يكون واو الاستئناف ، وحينئذ إن ادعى أنها حقيقة فيه تبادر إليه المتع فيحتاج فى ترجيحه على الحال إلى دليل . والجواب أن احتمال الواو للحال والاستئناف حاصل ، وبأحدهما يلزم المال وبالآخر لا فلا يلزم بالشك ، على أنا نمنع كون جملة أنت طالق إنشائية ، وكذا أنت حر ، وقدمنا فى باب إيقاع الطلاق الدلالة على أنها خبرية ، والطلاق يقع عنده شرعا بالتطليق الثابت ضرورة فارجع إليه (قوله فقبلت) أى الطلاق على حكمه من التزام المال والخيار (فالخيار باطل إذا كان للزوج) فبمجرد قبولها ذلك يقع الطلاق ويلزمها المال (وهو جائز إذا كان للمرأة) فلا يقع بقبولها حتى تسقط الخيار أو تمضى الأيام ، فإذا كان ذلك وقع ولزمها المال (فإن ردت الخيار فى الأيام يبطل) الطلاق ولزوم المال (وهذا) التفصيل كله (عند أبى حنيفة) ولا يخفى أن العبارة الجيدة أن يقال فإن ردت اختيار الطلاق بأن قالت لا أختار الطلاق ، وعبارة قاضيخان : فإن ردت الطلاق (وقالا : الخيار فى الوجهين باطل ، والطلاق واقع بمجرد قبولها) وعليها المال (وجه قولهما أن الخيار للفسخ بعد الانعقاد) لأنه لم يشرع إلا فى عقد لازم كالبيع والكتابة (لا للمنع من الانعقاد والتصرفان) :أعنى إيجابه وقبولها (لايحتملان الفسخ من الجانبين) أى لا منه ولا منها (لأنه فى جانبه يمين) إذ حاصله تعليق الطلاق بقبولها المال (وفى جانبها شرطه) أى شرط هذه اليمين بتأويل الحلف ، فإذا قبلت كان ذلك

والإجارة لأنهما لايوجدان دونه) أى دون المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح أن يكون حال المعاوضة دليلا (ولو قال أنت طالق على ألف على أنى بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت) طلقت فالخيار باطل (إذا كان للزوج ، وجائز إذا كان للمرأة ، فإن ردت الخيار فى الثلاث بطل الطلاق ، وإن أجازت) الطلاق أولم ترد الخيار حتى مضت أيامه وقع الطلاق (ولزمها الألف عند أبى حنيفة ، وقالا : الخيار باطل فى الوجهين والطلاق واقع وعليها الألف لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد ، ولا فسخ بعد الانعقاد ههنا لأن التصرفين) يعنى إيجاب الزوج وقبول المرأة لايحتملان الفسخ من الجانبين ، أما من جانبه فلأنه يمين لأنه ذكر

إلا بالإقرار أو البينة ، وهما منفردان هنا إذ القبول ليس بإقرار (قوله فقبلت طلقت فالخيار باطل إذا كان للزوج) أقول : العبارة المرتبة هكذا فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج وطلقت ، وإلا فقوله جائز عطف على باطل فتأمل كيف يكون المعنى ، فالأصوب تأخير طلقت عن قوله للزوج حتى يلزم المحذور

ولأبى حنيفة أن الخلع فى جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها، ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه ،أما فى جانبه يمين حتى لايصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس،ولا خيار فى الأيمان،وجانب العبد فى العتاق مثل جانبها فى الطلاق

وجود الشرط ، وشرط اليمين إذا وجدت لايتصور فسخها فتعذر فسخها ، ولم يمكن جعل الخيار مانعا من الانعقاد لما مر فيبطل من الجانبين ، وإذا بطل انبرم ماشرط فيه(وله أن الخلع فى جانبها بمنزلة البيع) يعنى معاوضة (ولذا صح رجوعها) عنه إذا ابتدأت قبل أن يقبل هو (ولا يتوقف على ما وراء المجلس) بالاتفاق بيننا ، حتى لو قامت فقبل هو أو قامت ثم قبلت فيما إذا كان هو المبتدى لايصح ، ولوذكرته بصريح الشرط . فى الكافى للحاكم أبى الفضل إذا قالت إن طلقتنى ثلاثا فلك علىّ ألف ، فإن فعل فى المجلس فله الألف ، وإن فعله بعده فلا شىء له (وفى جانبه يمين) كما قالا (حتى لايصح رجوعه)بعد قوله أنت أو هى طالق على كذا أو بكذا (ويتوقف على ما وراء المجلس) فلا يبطل إلا أن ينقضى مجلس خطابها أو مجلس بلوغها الخبر قبل أن يقبل ، ويصح تعليقه وإضافته . حتى لوقال إذا جاءغد فقد خالعتك على ألف أوفقد طلقتك على ألف وقبلت فى الغد فى مجلس علمها وقع ولزمها المال ، ولا يصح قبولها قبل الغد لأن نفس الإيجاب معلق بالشرط وهو عدم قبله ، ولا يصح القبول قبل الإيجاب (ولا خيار فى الأيمان) فبطل خياره ، ويصح فى البيع فيصح خيارها ، وكونه شرط يمينه لايبطل حقيقته فى نفسه ؛ ألا ترى أنه لو قال إن بعتك هذا فعبدى حرّ يكون نفس البيع شرط يمينه حتى يعتق بوجوده ولم يبطل به كونه معاوضة مستلزمة لحكمها من وجوب التسليم والرد بالعيب وبالخيار ، بخلاف مالو قال إن دخلت فأنت طالق على أنك بالخيار لايصح لأنه خيار فى الطلاق لامعاوضة . فإن قيل : ثبوت الخيار فى البيع بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره . فالجواب أنا أثبتناه هنا بدلالة النص ، فإن ثبوته فى البيع لدفع الغبن فى الأموال والغبن فى النفوس أضرّ ، والحاجة إلى التروّى فيه أكثر ، فإنه ربما يفوتها هذا الازدواج على وجه لايحصل مثله لها أبدا ، وهذا المعنى يقف عليه كل لغوى بعد علمه بشرعيته فى البيع فكان بدلالة النص (قوله وجانب العبد فى العتاق) أى على مال (كجانبها فى الطلاق) فيصح فيه شرط الخيار له إذا قال أنت حرّ على ألف على أنك بالخيار ثلاثة أيام .

شرط وجزاء معنى واليمين لايقبل الفسخ . وأما من جانبها فلأن قبول المرأة شرط تمام اليمين فإن يمين الزوج تتم بقبول المرأة فأخذ قبولها حكم اليمين فى عدم احتمال الفسخ (ولأبى حنيفة أن الخلع فى جانبها بمنزلة البيع) ألا ترى أنها لو رجعت صح ، ولو قامت من المجلس بطل كما فى البيع ، وإذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه ، وأما فى جانبه فيمين لأنه لايصح الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ، ولا خيار فى الأيمان . فإن قيل : قد ثبت أنه من جانبها شرط اليمين وشرط اليمين لايقبل الفسخ .أجيب بأن كونه شرط يمين لايمنع أن يكون تمليكا فى نفسه كمن قال لآخر إن بعتك هذا العبد بكذا فعبدى هذا الآخر حرّ أنه معلق بالمعاوضة ولم يمنع كونه معاوضة أن يكون شرطا لليمين ، وإذا كان كذلك ثبت فيه الخيار ، ثم لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطا لأن كونه شرطا قائم بهذا الوصف وهو أنه تمليك مال (وجانب العبد فى العتاق مثل جانبها فى الطلاق)

(قوله فإن يمين الزوج تتم الخ) أقول : فى حق ترتب الأثر (قوله أجيب بأن كونه شرط يمين الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا باع العبد فيما ذكره من الصورة بالخيار يعتق العبد سواء فسخ البيع بعده بحكم الخيار أولا لوجود شرط اليمين وذلك مراده بعدم قبول شرط اليمين

(ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلى فقالت قبلت فالقول قول الزوج ، ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال : قبلت فالقول قول المشترى) ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من جانبه فالإقرار به لايكون إقرارا بالشرط لصحته بدونه ، أما البيع فلا يتم إلا بالقبول والإقرار به إقرار بما لايتم إلا به فإنكاره القبول رجوع منه .

[فرع] من صور تعليق الخلع أن يقول : إن دخلت الدار فقد خلعتك على ألف فتراضيا عليه ففعلت صح الخلع ، ذكره فى علامة السين من التجنيس ، لأن التعليق من الزوج يجوز لأنه طلاق ، وهذا يفيد أن قبولها قبل الشرط . وفى الوجيز : إذا قال إذا قدم فلان فقد خالعتك على ألف وإذا جاء غد الخ كان القبول إليها بعد مجىء الوقت وقدوم فلان (قوله فالقول قول الزوج) أى مع يمينه . وحقيقة الفرق بين الصورتين أن قوله طلقتك أمس على ألف إقرار بمجرد اليمين لابوقوع الطلاق إذ هو لازم وجود الشرط لا لازمه ، والموجود بعد هذا منه ومنها اختلاف فى وجود الشرط وهى تدعيه لتثبت الطلاق وهو منكر غير مناقض إذ لم يقتض إنكاره القبول رجوعه عن شىء مما أقر به ، والقول للمنكر بخلاف قوله بعتك فإنه إقرار بقبول المشترى إذ البيع لايقوم إلا به ؛ فإنكاره قبوله رجوع عما أقر به فلا يقبل ، حتى لو كان قال لها بعتك طلاقك أمس فلم تقبلى فقالت بل قبلت كان القول قولها ، وقوله لعبده أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل وبعتك أمس نفسك بألف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها . ولهذه المسئلة أخوات فى كتب محمد رحمه الله تعالى هى : قال لها قد طلقتك واحدة بألف فقبلت فقالت إنما سألتك ثلاثا بألف فطلقتنى واحدة فلك ثلثها القول للمرأة مع يمينها ، فإن أقاما البينة فالبينة بينة الزوج وكذا لو اختلفا فى مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع ، أوقالت اختلعت بغير شىء فالقول قولها والبينة بينة الزوج ، أما إذا اتفقا أنها سألته أن يطلقها ثلاثا بألف وقالت طلقتنى واحدة وقال هو ثلاثا فالقول قوله إن كانا فى المجلس ؛ ألا ترى أنه لو قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق فى مجلس سؤالها الثلاث بألف كان له الألف ، فغاية هذا أن يكون موقعا الباقى فى المجلس فيكون مثله ، وإن كان فى غير ذلك المجلس لزمها الثلاث ، وإن كانت فى العدة من المتفق عليه ولا يكون للزوج إلا ثلث الألف ، وإن قالت سألتك أن تطلقنى ثلاثا على ألف فطلقتنى واحدة فلا شىء لك : يعنى على قول أبى حنيفة ، وقال هو بل سألتنى واحدة على ألف فطلقتكها فالقول قولها على قول أبى حنيفة رضى الله عنه . وإن قالت سألتك ثلاثا بألف فطلقتنى فى ذلك المجلس واحدة والباقى فى غيره

يعنى يصح الخيار من العبد إذا خيره المولى فى الإعتاق على مال كما يصح الخيار فى الخلع من جانب المرأة (ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلى فقالت قبلت فالقول قول الزوج ، ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشترى . ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من جانبه) فإنه تعليق الطلاق بقبولها المال ولهذا لم يصح الرجوع عنه (والإقرار به) أى باليمين على تأويل الحلف أو المذكور (لايكون إقرارا بوجود الشرط لصحته) أى لصحة اليمين (بدونه) أى بدون الشرط (أما البيع فلا يتم إلا بالقبول) ولهذا يملك الرجوع قبل القبول (فالإقرار به) أى بالبيع (إقرار بما لايتم إلا به ، فإنكاره القبول رجوع منه) عن

الفسخ فالظاهر منع وجود الشرط إذ الشرط هو القبول الموجب لوجوب الألف عليها ، وظاهر أن وجوبه بعد سقوط الخيار ، وهذا مآل كلام الشارح آخرا فليتأمل

قال (والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة) وقال محمد : لايسقط فيهما إلا ما سماه ، وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة .

فقال بل الثلاث فيه فالقول لها . وإن قالت سألتك أن تطلقني أنا وضرتي على ألف فطلقتني وحدي وقال طلقتها معك وقد افترقا عن ذلك المجلس فالقول لها وعليها حصتها من الألف والأخرى طالق بإقراره ، وكذا إن قالت فلم تطلقني ولا هي في ذلك المجلس . و مسئلة خلع الثنتين بسؤال واحد تنبيه ، وهو أنه إذا خلع امرأتيه على ألف كانت منقسمة على قدر ما تزوجهما عليه من المهر حتى لو سألتاه طلاقهما على ألف أو بألف فطلق إحداهما لزم المطلقة حصتها من الألف على قدر ما تزوجها عليه ، فإن طلق الأخرى في ذلك المجلس أيضا لزمها أيضا حصتها لا أن الألف تنقسم عليهما بالسوية . ولو طلقها بعد ما افترقوا فلا شيء له ، وإذا ادعت المرأة الخلع وأنكره الزوج فأقامت بينة فشهد أحدهما بالألف والآخر بألف وخمسمائة أو اختلفا في جنس الجعل فالشهادة باطلة ، وإن كان الزوج هو المدعي للخلع والمرأة منكرة فشهد أحد شاهديه بألف والآخر بألف وخمسمائة والزوج يدعي ألفا وخمسمائة جاز شهادتهما على ألف ، وإن ادعى ألفا لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق بإقراره ، وكذا لاتجوز شهادتهما إذا اختلفا في جنس الجعل أيضا ، الكل من مختصر الحاكم أبي الفضل لكلام محمد رحمه الله . ولو اختلفا في مقدار العوض فالقول لها عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله يتحالفان (قوله والمبارأة كالخلع) بفتح الهمزة مفاعلة من البراءة وترك الهمزة خطأ كذا في المغرب ، وهو أن يقول بارأتك على ألف وتقبل ، وقوله (يسقطان كل حق إلى آخره) مقيد بالمهر والنفقة الماضية إذا كانت مفروضة ، بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لاتقع البراءة منهما وإن كان من حقوق النكاح ، بل للمختلعة النفقة والسكنى إلا إن اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى لأنها حق الشرع ، وإطلاق جواب المسئلة يقتضي سقوط المهر في جميع الصور سواء سميا شيئا في الخلع أولا

عن الإقرار وهو غير مسموع . قال (والمبارأة كالخلع) المبارأة بفتح الهمزة مفاعلة من بارأ شريكه : إذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وترك الهمزة خطأ ، كذا في المغرب . والأصل في هذا الفصل أن المبارأة والخلع (كلاهما يسقط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح) كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة لأن للمختلعة والمبارئة النفقة والسكنى مادامت في العدة به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا (عند أبي حنيفة . وقال محمد لايسقط فيهما إلا ما سماه ، وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة) فلو كان مهرها ألفا فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها أن ترجع على الزوج بشيء في قول أبي حنيفة ، وفي قولهما ترجع عليه بأربعمائة ولو كانت قبضت الألف ثم اختلعت بمائة درهم لم يكن للزوج غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها إلى تمام النصف ، وإذا خالعها على مال مسمى معلوم معروف سوى الصداق ، فإن كانت المرأة مدخولا بها والمهر مقبوض فإنها تسلم إلى الزوج ولا يتبع أحدهما الآخر بعد الطلاق بشيء ، وإن كان المهر غير مقبوض فالمرأة تسلم إلى الزوج بدل الخلع ولا ترجع على الزوج بشيء من المهر عند أبي حنيفة خلافا لهما . وأما إذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض فإن الزوج يأخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة ، وإن لم يكن المهر مقبوضا يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لاترجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة خلافا لهما . وأما إذا بارأها بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند محمد

(قوله كلاهما يسقط الخ) أقول : كلاهما مبتدأ (قوله والنفقة الماضية) أقول : المفروضة (قوله سوى الصداق) أقول : بالاتفاق .

لمحمد أن هذه معاوضة وفى المعاوضات يعتبر المشروط لاغيره .

وليس كذلك ، وجملته أنهما إما أن لايسميا شيئا بأن يقول خالعتك فقبلت ولم يذكرا شيئا أوسميا المهر أو بعضه أو مالا آخر ، فإن لم يسميا شيئا ففيه ثلاث روايات : إحداها لايبرأ الزوج غن المهر حتى تأخذه إن لم يكن مقبوضا . والثانية يبرأ كل منهما عنه وعن دين آخر سواه . والثالثة يبرأ كل منهما عن المهر لاغير فلا يطالب به أحدهما الآخر ، وهو الصحيح على قول أبى حنيفة سواء كانا قبل الدخول أو بعده مقبوضا كان أولا حتى لا ترجع عليه بشيء إن لم يكن مقبوضا ولا يرجع الزوج عليها به إن كان مقبوضا كله ، والخلع قبل الدخول ، وهذا لأن المال مذكور عرفا بالخلع فحيث لم يصرح به لزم ماهو من حقوق النكاح بقرينة أن المراد الانخلاع منه . وإن سميا المهر ، فإن كان بعد الدخول وليس مقبوضا سقط عنه كله ، وإن كان مقبوضا رجع عليها بجميعه بالشرط وإن كان قبل الدخول ، فإن كان مقبوضا فى القياس يرجع عليها به وبقدر نصفه كله بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول حتى لو كان ألفا رجع بألف وخمسمائة ، وفى الاستحسان بالمقبوض فقط لأن المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو نصف المسمى قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط ورد النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول لأنها قبضت مالا تستحقه فيجب عليها رده ، كذا ذكره قاضيخان . قيل وينبغى أن لايجب إلا النصف بالشرط ويسقط الباقى بحكم الخلع ، كما إذا خالعها على مال آخر قبل الدخول وقد قبضت كل المهر حيث لايجب عليها رد شيء منه وسيأتى ، وكما إذا سميا بعض المهر فإنه يجب عليها المسمى بالشرط ويسقط الباقى بحكم الخلع ، ولكن قد يقال ينبغى أن يجب كل المسمى بالشرط لأن المهر اسم لما صحت تسميته فى العقد غير أنه سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول واشتراط المهر له كان قبل الطلاق فينصرف إلى تمامه ، فإذا كانت قبضته ووقع الطلاق قبل الدخول رجع عليها بكله بالشرط ، وإن لم يكن مقبوضا فى القياس يسقط عنه كله ويرجع عليها بخمسمائة لأنه يستحق قدره بالشرط وهى تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره ويرجع عليها بالزائد . وفى الاستحسان : لايرجع عليها بشيء لما أن المهر اسم لما تستحقه وهو خمسمائة فيجب لها ذلك . ويجب له مثله عليها بالشرط فيلتقيان قصاصا ، وإن سميا بعض المهر بأن خالعها على عشره مثلا والمهر ألف ، فإن كان بعد الدخول وكله مقبوض رجع عليها بمائة بالشرط وسلم الباقى لها ، وإن كان غير مقبوض سقط عنه كله مائة بالشرط والباقى بحكم الخلع ، وإن كان قبل الدخول وكله مقبوض فى القياس يرجع عليها بستمائة مائة بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول . وفى الاستحسان : يرجع عليها بخمسين لأنه عشر مهرها قبل الدخول وبرئت المرأة عن الباقى بحكم لفظ الخلع ، وعلى ما بحثناه ينبغى أن يرجع بمائة ، وإن لم يكن مقبوضا سقط كله استحسانا عشره بدل الخلع والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقى بحكم الخلع . وإن سميا مالا آخر غير المهر ، فإن كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غير ، وإن لم يكن مقبوضا فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع ، وإن كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى وسلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد شيء منه ، وإن لم يكن مقبوضا فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع . إذا عرفت هذا جئنا إلى الخلافية (وجه قول محمد رحمه الله أن هذه معاوضة) وأثر

كالجواب فى الخلع عنده ، وعند أبى يوسف الجواب فيه كالجواب فى الخلع عند أبى حنيفة (لمحمد أن هذه) أى كل واحد من الخلع والمبارأة معاوضة وفى المعاوضات يعتبر المشروط لاغير ، ولهذا لو كان لأحدهما دين واجب بسبب آخر أو عين فى يده لايسقط بهما شيء من ذلك ونفقة عدتها لاتسقط وإن كانت من حقوق النكاح

ولأبى يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وأنه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل فى نقض النكاح ولا ضرورة إلى انقطاع الأحكام ، ولأبى حنيفة أن الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل بإطلاقهما فى النكاح وأحكامه وحقوقه .

المعاوضة ليس إلا فى وجوب المسمى لا فى إسقاط غيره وصار كما إذا وقع بلفظ الطلاق على مال ، ولذا لا يسقط دين آخر ولا نفقة العدة وإن كانت من آثار النكاح مع أن النفقة أضعف من المهر (ولأبى يوسف أن المبارأة من البراءة فتقتضى البراءة من الجانبين وأنه مطلق) فى كل دين إلا أنا (قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض) فإن الغرض المبارأة من متعلقاته ، أما الخلع فإنما يقتضى فصلا وانخلاعا ، وحقيقته تتحقق فى حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر . ولأبى حنيفة رضى الله عنه أن الخلع صلح وضعا شرعا لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح ، فتمام تحقق مقصوده بجعله مسقطا لما وجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر والإعاد على موضوعه بالنقص لأن لفظه ولفظ المبارأة يفيد إطلاقهما ذلك فى المبارأة كما قال أبو يوسف ، ولفظ الخلع يفيد انخلاع كل منهما عن الآخر دون أحدهما بعينه ، فإنه إذا انخلع أحدهما عن الآخر على وجه الكمال بأن ينخلع من كل وجه انخلع الآخر كذلك ، وثبوته على هذا الوجه بسقوط مطالبة كل منهما الآخر بمواجب النكاح ، بخلاف لفظ الطلاق فإنه ليس فيه ما يدل على سقوط الحقوق الواجبة بالنكاح . على أن على رواية الحسن عن أبى حنيفة أن الطلاق على مال كالخلع يسقط به ما يسقط بالخلع ، وبخلاف دين آخر لأن شرعية الخلع لقطع النزاع الحاصل بسبب وصلة النكاح لا مطلقا ، وبخلاف نفقة العدة فإنها ليست من مواجب النكاح ، بل يحدث وجوب تعلقها بعده حتى لو شرطا سقوطها فى الخلع سقطت باعتبار ما تستحقه وقت الخلع ، والباقى سقط تبعا فى ضمن الخلع ، أما لو لم تسقطها حتى انخلعت ثم أسقطت لا تسقط لإسقاطها حينئذ قصدا لما لم يجب ، فإنها إنما تجب شيئا فشيئا بخلاف ذلك الإسقاط الضمنى ، وأما السكنى فلما كانت فى غير بيت الطلاق معصية لا يصح إسقاطها بحال إلا إن أبرأته عن مئونة السكنى بأن كانت ساكنة فى بيت نفسها ، أو أنها تعطى الأجرة من مالها فإنه يصح حينئذ التزامها ذلك . وفى القنية : الإبراء وجد بعد وجود سبب النفقة فيصح وإن لم تكن واجبة عنده . قيل ما سبق هو الصحيح ، وما ذكره فى القنية يبطل بالإبراء بعد الخلع فإنه لا يصح ، لكن فى الينابيع : لو

(ولأبى يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة) والمفاعلة تقتضى الفعل من الجانبين ، وذلك يقتضى براءة كل واحد منهما عن الآخر (وأنه) أى لفظ البراءة على ما قيل أو على تأويل المذكور (مطلق ، وقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لأجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح ، وانقطاع المنازعة إنما يكون بإسقاط ما وجب باعتبار تلك الوصلة ، كذا فى بعض الشروح . وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فتتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح ، أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل فى نفس النكاح فلا ضرورة إلى انقطاع الأحكام (ولأبى حنيفة أن الخلع ينبئ عن الفصل ، ومنه خلع النعل وخلع العمل) وهو انفصال العامل عنه ، والفصل لا يكون إلا عن وصل ولا وصل إلا بالنكاح وحقوقه لازمة له وقد صدر مطلقا من غير قيد بالنكاح (كالمبارأة فيعمل بالإطلاق كما فى المبارأة فى النكاح وأحكامه وحقوقه) قولا بكمال الفصل ، ونفقة

(قوله كذا فى بعض الشروح) أقول : يعنى شرح تاج الشريعة (قوله ونفقة العدة لم تكن واجبة الخ) أقول : جواب سؤال .

أبرأته عن نفقة العدة بعد الخلع صح ، قال : هكذا ذكره الطحاوى انتهى . بخلاف الإبراء منها حال قيام النكاح لأن الإبراء من النفقة المستقبلة لايصح . هذا ولقائل أن يقول : الوجه الأول يقتضى سقوط المهر بالطلاق على مال ، والثانى يوجب كون لفظ الطلاق مطلقا مسقطا له لأنه يفيد انطلاقها : أى المرأة ، وانطلاقها عن الزوج يوجب مثله فى حقه ، وتحقق حقيقة انطلاق كل منهما عن الآخر على الكمال يقطع مطالبة كل الآخر بمواجب النكاح كما قلنا فى الخلع بعينه . فالذى يظهر من جهة الدليل ترجيح الوجه الأول ، والتزام رواية الحسن عن أبى حنيفة فى الطلاق على مال أنه أيضا يسقط المهر كالخلع وإلا فالحال ما علمت . ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء : أى بأن قال بعتك نفسك بألف فقالت اشتريت اختلف المشايخ فى أنه على قول أبى حنيفة رضى الله عنه كالخلع والمبارأة أولا ؟ وصحح فى الفتاوى الصغرى أنه كالخلع والمبارأة ، وترجيح قول محمد رحمه الله تعالى بأنه عقد معاوضة فلا يزداد على ماتراضيا عليه ، واللفظ وإن كان ينبئ عن الفصل فالفصل وجد على مقدار رضيا به فكيف يسقط غيره ذهول عن التحقيق ، فإنه إذا أنبأ عن الانفصال فى متعلقات النكاح واقتضى ذلك أن تسقط مطالبة كل الآخر بالمهر ثم وقع التراضى على إثباته بمال فقد وقع التراضى على إثبات سقوط ملك النكاح والمهر بذلك المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة .

[تنبيه] لايسقط المهر بخلع الأجنبى بمال نفسه لأنه لاولاية للأجنبى فى إسقاط حقها ، ذكره شمس الأئمة وكذا الأمة إذا اختلعت من زوجها بغير إذن المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر ، بخلاف ما إذا كان بإذنه فيسقط وتباع فى بدل الخلع ، وفيما إذا كان بغير إذنه لاتطالب به إلا بعد العتق ، وأم الولد والمدبرة فى الإذن يؤديان من كسبهما .

[فروع] إذا شرطا بدلا للخلع البراءة من نفقة الولد وهى مئونة الرضاع إن وقتا لذلك وقتا كسنة مثلا صح ولزم وإلا لايصح . وفى المنتقى : إن كان الولد رضيعا صح وإن لم يبين المدة وترضع حولين اهـ . بخلاف الفطيم . وفى الخلاصة : امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى أن تمسك ولدها منه ثلاث سنين أو عشرا بنفقته صح الخلع ويجب ذلك . وإن كان مجهولا : يعنى قدر النفقة ، وهذا لما علمت أن الجهالة غير المتفاحشة متحملة فى الخلع . فإن تركته على زوجها وهربت فللزوج أن يأخذ قيمة النفقة منها ، ولها أن تطالبه بكسوة الصبى إلا إن اختلعت على نفقته وكسوته فليس لها المطالبة وإن كانت الكسوة مجهولة ، وسواء كان الولد رضيعا أو فطيما ، ولو اختلعت على دراهم ثم استأجرها ببدل الخلع على إرضاع الرضيع جاز ، ولو استأجرها به على إمساك الفطيم بنفقته وكسوته لايجوز . وفى المحيط : ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى فى امرأة اختلعت من زوجها بمالها عليه من المهر وبرضاع ولده الذى هى حامل به إذا ولدته إلى سنتين جاز ، فإن مات أو لم يكن فى بطنها ولد ترد قيمة الرضاع ، ولومات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة . وكذا إذا ماتت هى عليها قيمته انتهى . ولو كانت قالت عشر سنين رجع عليها بأجرة رضاع سنتين ونفقة باقى السنين إلا أن قالت عند الخلع إن مات أو مت فلا شىء على فهو على ماشرطت قاله أبو يوسف . ولو اختلعت على أن تمسكه إلى وقت البلوغ صح فى الأنثى

قال (ومن خلع ابنته وهى صغيرة بمالها لم يجز عليها) لأنه لانظر لها فيه إذ البضع فى حالة خروج غير متقوم ، والبدل متقوّم بخلاف النكاح لأن البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال ، وإذا لم يجز لايسقط المهر ولا يستحق مالها ، ثم يقع الطلاق فى رواية وفى رواية لايقع والأول أصح لأنه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط

لا الغلام ، وإذا تزوّجت فللزوج أن يأخذ الولد ولا يتركه عندها ، وإن اتفقا على ذلك لأن هذا حق الولد ، وينظر إلى مثل إمساك الولد فى تلك المدة فيرجع به عليها . ولو اختلعت على إرضاعه ثم صالحت الزوج على شىء يصح ، ولو خالعته على نفقة ولده عشرا وهى معسرة فطالبته بنفقته يجبر عليها وما شرط حق عليها ، وعليه الاعتماد لا على ما أفتاه بعضهم من سقوط النفقة ، ولو خالعها بمالها عليه من المهر ثم تذكر أنه لم يبق عليه شىء من المهر وقع ووجب عليها رد المهر ، ومثله لو خالعها على عبدها الذى لها عنده أو متاعها ثم ظهر أن ليس فى يده شىء وقع على مهرها ، فإن لم تكن قبضته سقط . وإن قبضته ردته أو مثله أو قيمته ولو خالعها بمهرها وهو يعلم أن ليس لها عليه مهر وقع بائنا مجانا ، ولو كان طلقها بمهرها فقبلت والزوج يعلم أنه لامهر لها وقع رجعيا مجانا (قوله لم يجز عليها) يحتمل عدم وقوع الطلاق بسؤال الأب لأنه لم يضمن بدل الخلع فصار كأن الزوج خاطب البنت بالخلع فيتوقف على قبولها وإن كانت صغيرة ، ويحتمل عدم لزوم المال بعد وقوع الطلاق ، فلما صرح بأن الأصح وقوعه تعين أن المراد الثانى ، وهذا لأنه لانظر لها فيه ، إذ البضع حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم ، فإعطاء المتقوّم من مالها بعوض غير متقوم لايجوز لأنه فى معنى التبرع بمالها (قوله بخلاف النكاح لأن البضع متقوم عند الدخول) فلو زوّج ابنه الصغير بمهر المثل جاز عليه ولزم المهر فى مال الابن لأنه أعطى المتقوم من ماله بمتقوم (قوله ولهذا يعتبر خلع المريضة) متصل بكون البضع غير متقوم حالة الخروج ، وقدمنا فى أول الباب أن الواجب للزوج إن ماتت فى العدة الأقل من ميراثه ومن بدل الخلع إذا كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج فله الأقل من الإرث والثلث إذا ماتت فى العدة ، فإن ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع إن خرج من الثلث (قوله ونكاح المريض الخ) متصل بأنه متقوم حال الدخول (قوله والأول أصح) نص عليه فى المنتقى

العدة لم تكن واجبة عند الخلع فتسقط به ، وإنما تجب بعده شيئا فشيئا (ومن خلع ابنته وهى صغيرة بمالها لم يجز عليها) لأن ولاية الأب نظرية ولا نظر لها فيه : أى فى هذا الخلع (لأن البضع فى حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث) والبدل متقوّم ومقابلة ماليس بمتقوم بماله قيمة ليست من النظر فى شىء (بخلاف النكاح) فإن الرجل إذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح لأن البضع متقوم حالة الدخول ، ولهذا يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوّم بالمتقوم وهو من وجوه النظر ، وإذا لم يجز الخلع لم يسقط المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع ، وهل يقع الطلاق أو لايقع ؟ فيه روايتان : فى رواية يقع ، وفى أخرى لايقع . ومنشأ الروايتين قول محمد فى الكتاب لم يجز ، فإنه يحتمل أن ينصرف إلى الطلاق وأن ينصرف إلى لزوم المال ، والصحيح أن الطلاق واقع ، وعدم الجواز منصرف إلى المال ، نص عليه فى المنتقى فقال : لأن لسان الأب كلسانها . ولو خالع امرأته الصغيرة على مهرها فقبلت أو قالت الصغيرة لزوجها اخلعنى على مهرى ففعل وقع الطلاق بغير بدل . واختاره المصنف فقال (والأول أصح لأنه تعليق بشرط قبوله) أى قبول الأب ، فيعتبر

(قوله وقع الطلاق بغير بدل) أقول : فكذا هكذا .

(وإن خالعها على ألف على أنه ضامن فالخلع واقع والألف على الأب) لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبى صحيح فعلى الأب أولى .

ووجهه ما ذكر من أنه تعليق بقبول الأب وقد وجد الشرط وما ذكر فى وجه الرواية الأخرى من أن الأب لما لم يضمن المال صار كأنه خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وإن لم يلزمها المال . وما قيل من أن الخلع فى معنى اليمين والأيمان لاتجرى فيها النيابة فالملازمة الأولى ممنوعة ، وكون الموجود من الأب يمينا غير صحيح ، بل مجرد الشرط وشرط اليمين يصح من كل أحد ، هذا إذا قبل الأب ، فإن قبلت وهى عاقلة تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال . وفى جوامع الفقه : طلقها بمهرها وهى صغيرة عاقلة فقبلت وقعت طلقة ولا يبرأ . وإن قبل أبوها أو أجنبى . روى هشام عن محمد رحمه الله أنه يقع ، وروى الهندوانى عن محمد أنه لايقع ، ولو بلغت فأجازت جاز (قوله على أنه) أى الأب ضامن ، المراد من الضمان هنا التزام المال لا الكفالة عن الصغيرة لعدم وجوب المال عليها (فالخلع واقع) سواء خلعها الأب على مهرها وضمنه أو ألف مثلا (فيجب الألف عليه لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبى صحيح فعلى الأب) وأنه يملك التصرف فى نفسها ومالها بالإقراض والإيداع والإجارة والإبضاع (أولى) بخلاف بدل العتق لايجوز اشتراطه على الأجنبى لأنه يحصل به

بالتعليق بسائر الشروط مثل أن يقول إن دخلت الدار وغيره ، وفى ذلك يقع إذا وجد الشرط ، فكذلك إذا وجد القبول . ووجه الرواية الأخرى أن الخلع فى معنى اليمين والأيمان لاتجرى فيها النيابة، ولو انعقد من الأب انعقد بطريق النيابة إلا أن هذا لايقوى فإن الأب يوجد منه شرط اليمين لا نفس اليمين ، وشرط اليمين يصح من كل واحد (وإن خالعها على ألف على أنه) أى الأب (ضامن فالخلع واقع والألف عليه[1]) أى على الأب ،ومعنى الضمان ههنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لأن الزوج لايستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها أحد . ووجه ذلك ماذكره (أن اشتراط بدل الخلع على الأجنبى صحيح) لكونه فى معنى المختلعة فى عدم دخول شىء يقابل البدل فى ملكه (فعلى الأب أولى) وذكر فى وجه الأولوية أن للأب ولاية التصرف فى مال ولده الصغير بيعا وشراء وإجارة وإيداعا وإبضاعا ، ولا يجوز هذا التصرف من الأجنبى . ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات ، فلما جاز ذلك من الأجنبى مع أنه ليس له ولاية عامة التصرفات فى مال الصغير فلأن يجوز من الأب وله ذلك أولى وفيه تأمل ، فإن التصرف فى مال الصغير إنما يؤثر فى الأولوية أن لو تعلق بدل الخلع بمال الصغيرة وليس كذلك ، وكان تلك الولاية وعدمها سواء . ولعل الأولى أن يقال : الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر أو نفع محض كقبول الهبة على ماقيل فإذا كان التزام بدله من الأجنبى صحيحا مع قصور الشفقة فلأن يصح من الأب مع وفورها أولى . فإن قلت : على ماذكرت من كون الأجنبى فى معنى المرأة فى عدم دخول شىء يقابل البدل فى ملكه يجب أن يصح إعتاق الرجل عبده على مال على الأجنبى كما يصح على ماله عليه[2] لأنه لايدخل فى ملك الأجنبى شىء كالعبد وليس كذلك . قلت : تحصل للعبد حرية نفسه التى هى حياة معنوية وسبب لحصول الأملاك ، وليس الأجنبى كذلك . لايقال : فى الخلع أيضا تحصل للمرأة الحرية عن رق النكاح وليس الأجنبى

---

[1] (قوله وإن خالعها على أنه) أى الأب ضامن الخ . أقول : فيه بحث ، فإن المعلق بالشرط لاينزل قبل وجود الشرط كما تقدم ، وهنا لم يوجد الشرط لأن وجوده بوجود الألف ولم يوجد بقبوله . وجوابه أن هذا مثل الخلع على مافى يدها ، فإن الأب لم يكن غارا له إذ الجهل ليس بعذر تأمل ، ومن المعلوم أنه لايجب فى مالها شىء فى أمثاله

[2] (قوله كما يصح على ماله عليه) أقول : ضمير عليه راجع إلى العبد .

ولا يسقط مهرها لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب (وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول ، فإن قبلت وقع الطلاق) لوجود الشرط (ولا يجب المال) لأنها ليست من أهل الغرامة فإن قبله الأب عنها ففيه روايتان (وكذا إن خالعها على مهرها ولم يضمن الأب المهر توقف على قبولها ، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر) وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين

للعبد مالم يكن حاصلا وهو إثبات الأهلية وهو القوة عن ذلك الإسقاط ، بخلاف إسقاط الملك فى الخلع لايحصل عنه للمرأة مالم يكن حاصلا قبل فصار الأجنبي والأب مثلها فى أنه لم يحصل لها شيء ، بخلاف العبد فإنه حصل ماذكرنا له ، والعوض لايجب على غير من يحصل له المعوّض فصار كثمن المبيع إلا أن البيع يفسد بالشروط الفاسدة والخلع لايفسد بها (ولا يسقط مهرها لأنه لم يدخل فى ولاية الأب) فإذا بلغت تأخذ نصف الصداق إن إن كان قبل الدخول ، وكله إن كان بعده من الزوج ويرجع هو على الأب الضامن أو ترجع هى على الأب ولا يرجع هو على الزوج ، ولو كان المهر عينا أخذته من الزوج كله إن كان بعد الدخول ونصفه إن كان قبله ويرجع الزوج على الأب الضامن قيمته (قوله وإن شرط) أى لو شرط الزوج الألف عليها (توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول) بأن تكون مميزة وهى أهلية المرأة لقبول بدل الخلع إن شرط بأن تعرف أن النكاح جالب والخلع سالب ، فإن قبلت وقع الطلاق لوجوب الشرط وهو قبولها ، ولا يجب المال لأنها ليست من أهل الغرامة إذ البينونة بالخلع تعتمد القبول دون لزوم المال ؛ ألا يرى إلى بينونتها بدونه فيما إذا سمت خمرا ونحوه ، وإن قبله الأب بدونه عنها فى وقوع الطلاق روايتان : فى رواية يصح لأنه نفع محض إذ تتخلص من عهدته بلا مال ولذا صح منها فصار كقبول الهبة ، وفى أخرى لايصح لأن قبولها شرط اليمين وهو لايحتمل النيابة وهذا هو الأصح (قوله وكذا إن خالعها) أى خالع الصغيرة الزوج على مهرها ولم يضمن الأب توقف على قبولها إن كانت على ماقلنا آنفا فإن قبلت وقع الطلاق بائنا ولا يسقط المهر ، وإن قبله الأب فعلى الروايتين مالم يضمنه ، فإن ضمنه صح ووقع

كذلك . لأنا نقول : العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع لتعمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيه إثبات شيء بخلاف العتق (قوله ولا يسقط مهرها) يعنى وإن كان الخلع يسقطه (لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب) لأنه ليس من النظر وولايته نظرية . وقوله (وإن شرط الألف) يعنى أن الزوج إن شرط الألف على الصغيرة (توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول) بأن تعقل العقد وتعبر عن نفسها (فإن قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ، ولا يجب المال لأنها ليست من أهل الغرامة وإن قبله الأب عنها ففيه) أى فى هذا القبول (روايتان

رواية يصح لأن هذا نفع محض للصغيرة ، لأن الصغيرة تتخلص من عهدته بغير مال فصح من الأب كقبول الهبة ، كذا فى مبسوط فخر الإسلام ، وفيه نظر . وفى رواية لايصح لأن هذا القبول بمعنى شرط اليمين ، وذلك مما لايحتمل النيابة (وكذا إن خالعها على مهرها ولم يضمن الأب المهر توقف على قبولها ، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر) لوجود الشرط وهو القبول وليست من أهل الغرامة (وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين) فى رواية

(قوله وفيه نظر) أقول : لعل وجهه أن النكاح من عوالى النعم على ماتقدم ، فكيف يكون زواله نفعا محضا ، بل غاية الأمر أن يكون مشوبا بالنفع والضرر دائرا بينهما (قوله وذلك مما لايحتمل النيابة) أقول : وقد مر جوابه

(وإن ضمن الأب المهر وهو ألف درهم طلقت) لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا . وفى القياس يلزمه الألف ،

الطلاق لوجود الشرط . وعرف من هذا أن الصغيرة العاقلة إذا قبلت الخلع من زوجها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال . هذا ، ثم قيل تأويل المسئلة أن يخالعها على مال مثل مهرها ، ، أما على مهرها فلا يجوز لأن الأب ليس له ولاية إبطال ملكها بمقابلة ماليس بمتقوم ، ولا يعتبر ضمانه ، والأصح أن الخلع على مهرها كالخلع على مال آخر لأن العقد يتناول مثله لاعينه وضمان الأب إياه صحيح ، ثم ينظر إن كان مهرها ألفا والخلع قبل الدخول وهو المراد بمسئلة الكتاب لزم خمسمائة ، وفى القياس يلزمه الألف . وأصله أن الكبيرة إذا اختلعت على مهرها وهو ألف قبل الدخول وقبل قبضه فى القياس يجب خمسمائة لأنه وجب له عليها ألف بالشرط وهى وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره فبقى عليها خمسمائة له. وفى الاستحسان: لايجب عليها قبل القبض شىء لأن المهر يراد به عرفا ماتستحقه المرأة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج وبعد قبضه يجب له خمسمائة بالشرط وتبرأ عن الباقى بحكم الخلع ، هذا على خلاف ما ذكره قاضيخان . وقد قدمنا الأقسام كلها . وإذا عرفت هذا علمت أن الصواب أن يقول : إذا خلعها على مهرها وهو ألف لا كما قال على ألف ومهرها ألف فإنه إذا خلعها كذلك يكون من الخلع على مال آخر غير أنه اتفق أنه مثل المهر ولا أثر لذلك . والحكم فيه إذا كان قبل الدخول وجب المسمى له سقوط المهر عنه إن لم يكن مقبوضا ، وسلامته لها إن كان مقبوضا لا يرجع عليها بشىء كما قدمناه فى التقسيم ، وإذ قد وقع الكلام فى خلع الأجنبى فلا بد من ذكر نبذة منه . واعلم أن الأجنبى إذا خاطب الزوج فإما أن يضيف البدل إلى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه إياه أو يرسله أو يضيفه إلى غيره ، فإن أضافه إلى نفسه كذلك بأن قال اخلعها على عبدى هذا أو ألفى هذه أو على ألف علىّ أو على أنى ضامن ففعل فالخلع واقع والمسمى عليه ، فإن استحق لزم قيمته ولا يتوقف على قبولها لأنه إنما يتوقف على من يجب عليه البدل لا من يقع عليه الطلاق ولا إلى قبوله ، بل يكفى الأمر منه لأن الواحد يتولى طرفى الخلع كما فى النكاح : بخلاف مالو قال اختلعت نفسك منى فقالت فعلت قيل لايصح بلا قبول الزوج ، والمختار أنه يصح إن أراد به التحقيق دون السوم . فإن قلت : ماالفرق بين تسمية الأجنبى وسيد الأمة المنكوحة لعبد أو حر فإنه إذا خلعها من الزوج

يصح وفى أخرى لايصح ، ووجه الروايتين ماذكرناه آنفا (وإن ضمن الأب المهر) أى التزم بمعنى إذا خالع الأب مع الزوج والتزم المهر على ذمته (وهو ألف درهم مثلا طلقت لوجود قبوله وهو الشرط . ويلزمه خمسمائة استحسانا) لأن فرض المسئلة فيما إذا كانت غير ملموسة وكان المهر ألفا فأضاف الخلع إلى مهرها ومهرها مايجب لها بالنكاح ، والواجب لها بالنكاح فى الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمسمائة فكأنه خالعها على خمسمائة صريحا (وفى القياس يلزمه الألف) بحكم الضمان . واعلم أن ضمان الأب بالمهر وهو ألف درهم إذا صح لايخلو من أحد الأمرين : إما أن تكون مدخولا بها أو لا ، فإن كانت فلها على الزوج جميع المهر وللزوج على الأب بحكم الضمان ألف درهم ، وإن لم تكن فلها على الزوج نصف المهر لأن النصف الآخر سقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الأب ألف درهم بحكم الضمان فى القياس . وأما فى الاستحسان فللزوج على الأب خمسمائة لأن المقصود سلامة الألف وقد حصلت ، إذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول ، والنصف الآخر الذى ترجع به المرأة عليه

(قوله فإن كانت فلها على الزوج الخ) أقول : أى إن كانت مدخولا بها (قوله وإن لم تكن الخ) أقول : أى إن لم تكن مدخولا بها .

وأصله فى الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف ففى القياس عليها خمسمائة

على عبده فاستحق لايضمن قيمته بل تجب قيمة العبد على الأمة حتى تباع فيه لظهور الدين فى حق السيد . فالجواب أن قبول الخلع هنا وجد منها حكما بسبب ولاية السيد عليها فكان قبوله كقبولها فكان الدين عليها إلا أن السيد التزم خصوص الأول ، فإذا فات عاد إليها وهو ظاهر فى حق السيد فتباع فيه إلا أن يفديها . وإذا بيعت إن كان عليها دين بدئ به لأن دين الخلع أضعف ، أما لو خلعها على رقبتها وهى تحت عبد صح ، فلو ضمن المولى الدرك فى جميع ذلك فالمطالبة على المولى لالتزامه دونها لاقبل العتق ولا بعده ، ولأن القبول إنما يشترط لوجوب البدل لا لوقوع الطلاق ، وإن أرسله بأن قال على ألف أوعلى هذا العبد توقف على قبول المرأة لأن البدل لم يضف إلى أحد ، فإن قبلت لزمها تسليمه أوقيمته إن عجزت ، وإن أضافه إلى غيره بأن قال على عبد فلان اعتبر قبول فلان لأن البدل أضيف إليه ، وكذا لو قال الزوج لرب العبد خلعت امرأتى على عبدك لأن العبد أضيف إليه ، ولو كان الزوج قال لها خالعتك على عبد فلان أو قالت هى اخلعنى على دار فلان توقف على قبولها لأن الخطاب جرى معها فكانت هى الداخلة فى العقد . ولو قالت اخلعنى على ألف على أن فلانا ضامن فأجاب فالخلع معها لأنها العاقدة وتوقف ضمان فلان على قبوله . ولو وكلت من يخلعها بألف ففعل فالمال عليها دون الوكيل لأن حقوق العقد فى الخلع ترجع إلى من عقد له لا إلى الوكيل ، ولو ضمنه الوكيل لزمه ، وإن أدى يرجع عليها لأنه يملك الخلع من مال نفسه ، ففائدة أمرها به الرجوع عليها ، بخلاف الوكيل بالنكاح إذا ضمن فأدى لايرجع على الزوج إلا إذا ضمن بأمره ، فإن فائدة الأمر جواز النكاح لأنه لايملك إنكاحه بغير أمره ، والصلح عن دم العبد كالخلع فى جميع ماذكرنا .

[فروع تتعلق بالباب] المختلعة يلحقها صريح الطلاق عندنا ، وقد تقدم فيما سلف وبه قالت الظاهرية ، وهو قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وأبى الدرداء وسعيد بن المسيب وشريح وطاوس والزهرى والنخعى والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثورى . وعند مالك والشافعى وأحمد لايلحقها ولا يتناولها الطلاق فى قوله نسائى طوالق عندهم . ولو قال لها الكنايات التى يقع بها الرجعى مثل اعتدى استبرئى رحمك أنت واحدة ينوى الطلاق يقع عليها طلقة بائنة عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد رحمه الله . لهم ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « المختلعة لايلحقها صريح الطلاق وإن كانت فى العدة » ويروى عن ابن عباس . ولنا ما رواه أبو يوسف بإسناده فى الأمالى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « المختلعة يلحقها صريح الطلاق مادامت فى العدة » وحديثهم لا أصل له ، ذكره سبط ابن الجوزى فى إيثار الإنصاف : امرأة قالت خلعت نفسى منك بألف ثلاث مرات فقال الزوج رضيت أو أجزت كان ثلاثا بثلاثة آلاف . ولو خلع أمته على رقبتها وزوجها عبد أومدبر أومكاتب صح لأنها تصير ملكا للمولى ، ولو كان حرا لايصح لأنه لو صح ملكها أى ملكها الزوج به فيبطل النكاح ، ومتى بطل النكاح بطل

فهو يرجع به على الضامن وهو الأب ، ، هذا إذا لم تقبض المهر ، وأما إذا قبضت المهر كله فيرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف الآخر على الضامن فيسلم له جميع الألف ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد المقصود (وأصل هذه المسألة فى الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف) ولم تقبض شيئا (فالقياس أن يجب عليها خمسمائة) للزوج لأن خمسمائة من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد التزمت المرأة الألف ونصف الألف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة لأن لها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف المهر فوجب عليها

زائدة ، وفى الاستحسان لاشىء عليها لأنه يراد به عادة حاصل مايلزمها .

الخلع لكنه يقع طلاق بائن لأنه بطل البدل وبقى لفظ الخلع وهو طلاق بائن تحت حر أمتان دخل بهما فخلعهما سيدهما على رقبة الصغرى فالخلع واقع على الكبرى وبطل الخلع فى التى خلع على رقبتها وهى الصغرى لأنه أمكن تصحيح الخلع على الكبرى لأن الطلاق لم يقارن ملك الزوج فيها لا فى الصغرى . لأن الطلاق فى حقها يقارن بملك الزوج بعض رقبتها فتقسم الصغرى على مهريهما لأنه جعلها بدلا عن طلاقهما ، فما أصاب مهر الكبرى فهو للزوج ، وما أصاب الصغرى بقى للمولى ، ولو خلع كلا منهما على رقبة الأخرى طلقتا مجانا لأن ملك رقبة كل منهما يقارن طلاقها فصح الخلع فى حق الطلاق ولا يسلم للزوج شىء من البدل . امرأة لها ابنا عم وهما وارثاها تزوجت أحدهما ودخل بها ثم خلعت بمهرها فى مرض موتها ولا مال لها غيره وماتت فى العدة فالمهر بينهما ولا يعتبر من الثلث فلا يصح ذكر البدل فى حق الوارث فبقى لفظ الخلع فتبين ويرثان بالقرابة ، ولو كان طلقها على مهرها وماتت فى العدة فهو طلاق رجعى فله النصف بميراث الزوجية والباقى بينهما نصفان .

[قاعدة فى الطلاق على مال] الأصل أنه متى ذكر طلاقين وذكر عقيبهما مالا يكون مقابلا بهما إذ ليس أحدهما بصرف البدل إليه أولى من الآخر إلا إذا وصف الأول بما ينافى وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلا بالثانى ووصفه بالمنافى كالتنصيص على أن المال بمقابلة الثانى وإن شرط وجوب المال على المرأة حصول البينونة لأنها إنما تلتزمه لتملك نفسها ، فلو قال لها أنت طالق الساعة واحدة وغدا أخرى بألف ، أو قال على أنك طالق غدا بألف ، أو قال اليوم واحدة وغدا أخرى رجعية بألف فقبلت تقع واحدة بخمسمائة فى الحال وغدا أخرى بغير شىء ، إلا أن يعود ملكه قبله لأنه جمع بين تطليقة منجزة وتطليقة مضافة إلى الغد وذكر عقيبهما مالا فانصرف إليهما ؛ ألا يرى أنه لو ذكر مكان البدل استثناء ينصرف إليهما فيقع اليوم واحدة بخمسمائة ، فإذا جاء غد تقع أخرى لوجود الوقت المضاف إليه ، ولا يجب شىء لأن شرط وجوب المال بالطلاق الثانى حصول البينونة ولم تحصل لحصولها بالأولى ، حتى لو نكحها قبل مجىء الغد ثم جاء الغد تقع أخرى بخمسمائة لوجود شرط وجوب المال ، ولو قال أنت طالق الساعة واحدة رجعية أو بائنة أو بغير شىء على أنك طالق غدا أخرى بألف يقع فى الحال واحدة مجانا وغدا أخرى بألف لتعذر الصرف إليهما لأنه وصف الأولى بما ينافى وجوب المال إلا أن فى قوله بائنة يشترط التزوج لوجوب المال بالثانى . ولو قال طالق ثلاثا للسنة بألف فقبلت يقع فى الطهر الأول واحدة بثلث الألف وفى الطهر الثانى أخرى مجانا لأنها بانت بالأولى ، ولا يجب بالثانية المال إلا إذا نكحها قبل الطهر الثانى فحينئذ تقع أخرى بثلث الألف وفى الطهر الثالث كذلك ، والله سبحانه أعلم .

[فروع] لو خالعها ولم يذكر العوض ذكر شمس الأئمة أنه يبرأ كل عن صاحبه . وقال خواهر زاده : هذه إحدى الروايتين عن أبى حنيفة وهو الصحيح ، فإن لم يكن على الزوج مهر فعليها رد ما ساق إليها من المهر

خمسمائة زائدة على الألف تتميما للألف التى التزمتها (وفى الاستحسان لاشىء عليها) لأن مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل فلا يلزمها شىء زائد على ذلك ، وأما إذا قبضت جميع المهر فعلى القياس ترد المرأة الألف وخمسمائة الألف بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر للطلاق قبل الدخول . وفى الاستحسان : ترد الألف لاغير خمسمائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول . وقوله (زائدة) بالجر لأن الصفة تتبع المضاف إليه فى الإعراب كما فى قوله تعالى ـ سبع بقرات سمان ـ كذا فى النهاية ، وقال : هكذا أفاد شيخى مرارا ، والله أعلم .

لأن المال مذكور عرفا بذكر الخلع . وفى رواية عن أبى حنيفة وهو قولهما لايبرأ أحدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة ومئونة السكنى فى قولهم جميعا إلا إذا شرطا فى الخلع ، نقله فى الخلاد وكذا ذكره السغدى : أعنى ردها المهر . وذكر فى الوجيز فيما إذا قال اختلعى ولم يذكر البدل فقالت اختلعت عن خواهر زاده أنه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا كأنه . قال طلقى نفسك بائنا فقالت طلقت . ثم استشكله على ماحكى عنه من ردها ما ساقه إليها من الصداق إذا كان مقبوضا إذ لم يجعل كأنه قال ـ طلقتك بائنا فهذا مذكور فى غير موضع . ذكر فى التجنيس : إذا قال اختلعى فقالت اختلعت تطلق . وفرق بينه وبين ما إذا قال اشترى نفسك منى فقالت اشتريت لاتطلق بأن قوله اختلعى أمر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق بأمر الزوج . بخلاف اشترى نفسك لأنه أمر بالخلع الذى هو معاوضة إذا لم يكن البدل مقدرا . فإن قدره بأن قال بمهرك ونفقة عدتك وقالت اشتريت صح على رواية وهو المختار ، يريد بالرواية الأخرى ماذكر فى غير موضع أنه إذا قال اشترى نفسك منى بكذا فقالت اشتريت لايقع مالم يقل الزوج بعت ، وكذا الروايتان فيما إذا قال اختلعى منى بكذا وذكر مالا مقدرا فقالت اختلعت . فى رواية كتاب الطلاق : لايصح مالم يقل الزوج خلعت ، وفى رواية كتاب الوكالة : يصح ويبرأ الزوج عن المهر وهو الأصح . وأما الجواب عن الإشكال فبحمل سقوط المهر وجعله بدلا فيما إذا لم ينوبه كونه خلعا بغير مال وحمل كونه طلاقا بائنا بلا مال على ما إذا نوى به كونه بلا مال . وهذا لأن مطلق الخلع ينصرف إلى الفرقة بعوض فيحمل عليه إلا بموجب ، فإذا لم يسميا مالا انصرف إلى المهر إلا أن ينوى خلافه . ويدل على هذا مافى المنتقى . قال أبو يوسف : إذا قال لها اختلعى نفسك فقالت قد خلعت نفسى لايكون خلعا إلا على مال إلا أن ينوى بغير مال ، ولا فرق بين خلعتك وخالعتك ، فإذا قال خالعتك ينوى به الطلاق وقع ولا يبرأ الزوج عن المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم إلا إذا تصادقا على عدم النية ، ومما يوجب حمله على مجرد الطلاق التصريح بنفى المال كما إذا قال اختلعى منى بغير شىء فالخلع واقع بلا مال لأنه صرح بنفى المال ، نقله عن محمد الفضلى والطلاق بائن ، وعلى ماذكرنا من أن حقيقته مافيه المال لو قال لأجنبى اخلع امرأتى لم يملك خلعها بلا عوض ولم يجعل كقوله طلقها بائنا . ولو قال اختلعى على مال أو بما شئت ولم يقدره فقالت اختلعت على ألف لايصح مالم يقل الزوج خلعتك أو نحو أجزت ، فرق بين هذا وبين ما إذا قال الزوج اخلعى نفسك منى بألف والباقى بحاله حيث يتم . والفرق أن التعويض فى المسئلة الأولى لم يصح لأن البدل مجهول ، فلو صح صار الواحد مستزيدا مستنقصا وهذا مفقود فى الثانية ، فلو لم يصح إنما لايصح لمضادة الحقوق ، وحقوق الخلع لاترجع إلى الوكيل .
إذا لقنها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهى لاتعلم معناه ، أو لقنها أبرأتك من نفقة العدة قيل يصح .
والأصح أنه لايصح لأن التفويض كالتوكيل لايتم إلا بعلم الوكيل ، والإبراء عن نفقة العدة والمهر وإن كان إسقاطا لكنه إسقاط يحتمل الفسخ فصار شبه البيع ، والبيع وكل المعاوضات لابد فيها من العلم . وهذه صورة كثيرا ماتقع قال أبرئينى من كل حق يكون للنساء على الرجال فقالت أبرأتك من كل حق يكون للنساء على الرجال فقال فى فوره طلقتك وهى مدخول بها يقع بائنا لأنه بعوض ، وإذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة مادامت فى العدة لأنها لم تكن لها حقا حال الخلع . فقد ظهر أن تسمية كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء صحيحة وينصرف

إلى القائم لها إذ ذاك ، وبعض الشافعية لايصحح هذا للجهالة ، وهذا عندنا عموم لا إجمال . ولو تزوجها على ألف ثم طلقها بائنا ثم تزوجها ثانيا على ألف أخرى ثم اختلعت منه على مهرها لم يبرأ الزوج إلا من الثانى دون المهر الأول. ولو جاء رجل إلى آخر فذكر أنه وكيل لامرأته فى خلعها فخلعها على ألف فأنكرت التوكيل ، فإن كان ضمن المال للزوج وقع الطلاق وعليه البدل ، وإن لم يكن ضمن ، فإن صدقه الزوج على أنها وكلته وقع الطلاق ولم يجب له مال ، وإن لم يدّع ذلك لايقع الطلاق لأنه ظهر أن الخلع موقوف على قبولها ، فإن كان الزوج باع منه تطليقة بألف قال الصفار يقع الطلاق ضمن له المهر أولا لأن لفظة الشراء لفظة الضمان ، وقال أبو بكر الإسكاف : هذا والخلع سواء وعليه الفتوى. ولو ادعى رجل الرسالة عن امرأة الرجل إليه فى أن يطلقها أو يمسكها فقال الزوج لا أمسكها بل أطلقها فقال الرسول أبرأتك من جميع مالها عليك فطلقها فأنكرت المرأة الإبراء والرسول يدعيه. فإن ادعى الزوج رسالتها أو وكالتها إياه لذلك وقع وهى على حقها ، وإن لم يدع فإن كان الرسول قال أبرأتك من حقها عليك على أن تطلقها فالطلاق غير واقع لأن وقوع الطلاق بالمهر موقوف على إجازتها ، وإن لم يقل على أن تطلقها فالطلاق واقع وهى على حقها . وهذه فى أمر الحكمين لما كان سبب الخلع المشاقة وجب ذكر أمر الحكمين فيه وهو منصوص عليه فى كتاب الله تعالى ، قال الله عز وجل - وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما - ضمير يريدا للحكمين وضمير بينهما للزوجين ، وقيل للحكمين أيضا ، وقيل الضميران للزوجين ، والأولى أن يكون الحكمان من أهليهما كما ذكر الله تعالى ، وإنما كان أولى لأنهما أخبر بباطن أمرهما وأشفق عليهما ، وبه قال الشافعى وأحمد . وقال مالك : يشترط كونهما من أهليهما إلا أن لايوجد من أهليهما من يصلح لذلك . وقلنا : المعنى المفهوم الذى قلناه صارف عن تعيين كون المراد ذلك ، ثم قول الحكمين نافذ فى الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا ، وبه قال الشافعى فى الأصح وأحمد ، وهو قول عطاء وقتادة والحسن وأبى ثور . وقال مالك : قولهما فى ذلك نافذ من غير توكيل ، وهو قول الأوزاعى وإسحاق ، وروى عن عثمان وعلىّ . قلنا : ليس للحاكم أن يطلق ولايبرئ من مالهما فكيف يفعل ذلك نائبه . وفى أحكام القرآن للرازى عن سعيد بن جبير : يعظها الزوج ، فإن انتهت وإلا هجرها ، فإن انتهت وإلا ضربها ، فإن انتهت وإلا رفع أمرها إلى السلطان فيبعث حكما من أهله وحكما من أهلها ، وأيهما كان أظلم رده إلى السلطان فأخذ فوق يده كالعنين والمجبوب فالحاكم هو الذى يتولى النظر فى ذلك والفصل بينهما . ولو ادعى النشوز وادعت هى ظلمه وتقصيره فى حقها يفعل الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق ، وليس لهما أن يجمعا ولا أن يفرقا بغير أمرهما ، وما زعم إسماعيل المالكى من أن أباحنيفة وأصحابه لم يعرفوا أمر الحكمين إخبار بالنفى لعدم العلم ، والأولى بالإنسان حفظ اللسان ، وما قال إن الوكيل لايسمى حكما ممنوع بل الوكالة تؤكد معنى الحكمية لقبول قولهما عليهما والحكمان يمضيان أمر الزوجين ، فإذا قصدا الحق وفقهما الله عز وجل للصواب إذ هما موكلان للجمع والتفريق فعليهما الاجتهاد وطلب الخير لهما ، وكل ما ورد عن السلف أن فعل الحكمين جائز عليهما فهو محمول على رضاهما إذ لم ينصوا على أنه جائز بغير رضا الزوجين ، وهذا لأنه غير جائز لهما أن يطلقا امرأة الغير بغير إذنه ولا أن يدفعا مالا بغير إذن صاحبه ، بخلاف قضاء دينه إذا امتنع منه لأن ذلك إيصال الحق إلى مستحقه ولا

(باب الظهار)

للزوج فى مالها ، قال تعالى ـ لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ـ وقال عليه الصلاة والسلام « لايحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه » والحكمان إنما بعثا للصلح ، وليعلما ظلم الظالم منهما فينكرا عليه ظلمه ، فإذا لم يقبل أعلما الحاكم ليدفع ظلمه ، فالحكمان شاهدان فى حال ومصلحان فى حال إذا فوض الأمر إليهما . وقول من قال إنهما يفرقان ويخلعان من غير توكيل غير مقبول عندنا ، وليس ماروى عن على رضى الله عنه شاهدا فى ذلك .

(باب الظهار)

مناسبته بالخلع أن كلا منهما يكون عن النشوز ظاهرا ، وقدم الخلع لأنه أكمل فى باب التحريم إذ هو تحريم بقطع النكاح وهذا مع بقائه . والظهار لغة مصدر ظاهر وهو مفاعلة من الظهر فيصح أن يراد به معان مختلفة ترجع إلى الظهر معنى ولفظا بحسب اختلاف الأغراض ، فيقال ظاهرت : أى قابلت ظهرك بظهره حقيقة ، وإذا غايظته أيضا وإن لم تدابره حقيقة باعتبار أن المغايظة تقتضى هذه المقابلة ، وظاهرته إذا نصرته باعتبار أنه يقال قوى ظهره إذا نصره ، وظاهر من امرأته وأظهر وتظاهر واظاهر وظهر وتظهر إذا قال لامرأته أنت على كظهر أمى ، وظاهر بين ثوبين إذا لبس أحدهما فوق الآخر على اعتبار جعل ما يلى به كل منهما الآخر ظهرا للثوب ، وغاية مايلزم كون لفظ الظهر فى بعض هذه التراكيب مجازا ، وكونه مجازا لايمنع الاشتقاق منه ويكون المشتق مجازا أيضا ، وإنما عدى بمن مع أنه يتعدى بنفسه لتضمنه معنى التبعيد لأنه كان طلاقا وهو مبعد ثم قيل : الظهر هنا مجاز عن البطن لأنه إنما يركب البطن فكظهر أمى : أى كبطنها بعلاقة المجاورة ولأنه عموده ، لكن لايظهر ماهو الصارف عن الحقيقة من النكات . وقيل خص الظهر لأن إتيان المرأة من ظهرها كان حراما ، فإتيان أمه من ظهرها أحرم فكثر التغليظ . وفى الشرع : هو تشبيه الزوجة أو جزء منها شائع أو معبر به عن الكل بما لايحل النظر إليه من المحرمة على التأبيد ولو برضاع أو صهرية . وزاد فى النهاية قيد الاتفاق احترازا عما لو قال أنت على كظهر فلانة وفلانة أم من زنى بها أو بنتها لم يكن مظاهرا ، وسنذكر ماهو التحقيق إن شاء الله تعالى . ولا فرق بين كون ذلك العضو الظهر أو غيره مما لايحل النظر إليه ، وإنما خص باسم الظهار تغليبا للظهر لأنه كان الأصل فى استعمالهم وشرطه فى المرأة كونها زوجة ، وفى الرجل كونه من أهل الكفارة فلا يصح ظهار الذمى كالصبى والمجنون ، وركنها اللفظ المشتمل على ذلك التشبيه ، وحكمه حرمة الوطء ودواعيه إلى وجود الكفارة . واختلف فى سبب وجوبها فقال فى المنافع : تجب بالظهار والعود لأن الظهار كبيرة فلا يصح سببا للكفارة لأنها عبادة أو المغلب فيها

(باب الظهار)

قد تقدم وجه ترتيب الحرمات المتقدمة فى أول كل باب منها ، ويحتاج إلى وجه تقديم الظهار على اللعان . ووجهه أنه أقرب إلى الإباحة من سبب اللعان ، فإن سبب اللعان عند إضافته إلى غير منكوحته يوجب حد القذف ، وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة الإباحة . والظهار فى اللغة : قول الرجل لامرأته أنت على كظهر أمى

(باب الظهار)

. . . .

معنى العبادة ، ولا يكون المحظور سببا للعبادة فعلق وجوبها بهما ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذى هو إمساك فيكون دائرا بين الحظر والإباحة فيصح سببا للكفارة الدائرة بين العبادة والعقوبة. وقيل سبب وجوبها العود ، والظهار شرط ، ولفظ الآية يحتملهما وهى قوله تعالى ـ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة ـ إلى آخره ، فيمكن حمل ترتيبها عليهما أو على الأخير ، لكن إذا أمكن البساطة صير إليها لأنها الأصل بالنسبة إلى التركيب ، فلذا قال فى المحيط سبب وجوبها العزم على الوطء ، والظهار شرط وهو بناء على أن المراد من لفظ العود فى الآية العزم على الوطء . واعترض بأن الحكم يتكرر بتكرر سببه لا شرطه ، والكفارة تتكرر بتكرر الظهار لا العزم وكثير من مشايخنا على أنه العزم على إباحة الوطء بناء على إرادة المضاف فى الآية : أى يعودون لضد ما قالوا أو لتداركه نزل القول منزلة المقول . ويرد عليه ما يرد على ما قبله ، وهذا بناء على عدم صحة إرادة ظاهرها وهو تكرار نفس الظهار كما قال داود للحديثين اللذين يروونهما فإن ظاهرهما عدم تعلقهما بتكرره ويرد أن بمجرد العزم لا تتقرر الكفارة عندنا كما نص عليه فى المبسوط ، حتى لو أبانها أو ماتت بعد العزم لا كفارة عليه قال : فهذا دليل على أنها غير واجبة لا بالظهار ولا بالعود ، إذ لو وجبت لما سقطت بل موجب الظهار ثبوت التحريم ، فإذا أراد رفعه وجب عليه فى رفعه الكفارة عندنا كما تقول لمن أراد الصلاة النافلة يجب عليك إن صليتها أن تقدم الوضوء . وعند الشافعى رحمه الله هو سكوته بعد ظهاره قدر ما يمكنه طلاقها . ورد بأن شرعية الكفارة لرفع الحرمة والجناية ، والظهار لم يوجب تحريم العقد ليكون الإمساك عن طلاقها جناية ، وأيضا فقد يكون الإمساك عن طلاقها ليسعى فى أمر الكفارة وتحصيلها أو للتروى فى طلاقها أو التكفير فلا يكون مجرده بعد الظهار جناية فلا ينتهض سببا للكفارة . واعلم أن هذه الحرمة لا ترتفع إلا بكفارة لا بملك ولا بزوج ثان ، حتى لو طلقها بعد الظهار ثلاثا فعادت إليه بعد زوج آخر أو كانت أمة وملكها بعد ما ظاهر منها لا يحل قربانها حتى يكفر فيهما ، وللمرأة أن تطالبه بالوطء وعليها أن تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر ، وعلى القاضى أن يجبره على التكفير دفعا للضرر عنها بحبس ، فإن أبى ضربه ولا يضرب فى الدينى . ولو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب وألفاظه صريح وكناية وستأتى . وسبب نزول شرعيته قصة خولة أو خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت « ظاهر منى زوجى أوس بن الصامت ، فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو إليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلنى فيه ويقول : اتقى الله فإنه ابن عمك ، فما برحت حتى نزل القرآن ـ قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها

وفى اصطلاح الفقهاء : تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل التأبيد اتفاقا بنسب أو رضاع أو مصاهرة ، وإنما قيد بقوله اتفاقا احترازا عن قول الرجل لامرأته أنت على كظهر فلانة وهى بأم المزنى بها أو ابنتها فإنه لا يكون مظاهرا ، لأن من الفقهاء من يقول الحرام لا يحرم الحلال . وسببه سبب الخلع وهو النشوز ، فإن آية الظهار نزلت فى خولة وكانت ناشزة . وشرطه كون المظاهر عاقلا بالغا مسلما والمرأة من نسائنا . وركنه قوله لامرأته أنت على

(قوله وإنما قيد بقوله اتفاقا ، إلى قوله : فإنه لا يكون مظاهرا) أقول : فى الخانية خلافه (قوله وسببه سبب الخلع وهو النشوز فإن آية الظهار الخ) أقول : فيه بحث فتأمل ، ثم قوله وهو النشوز بناء على الغالب .

(وإذا قال الرجل لامرأته أنت عليّ كظهر أمي فقد حرمت عليه لايحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره) لقوله تعالى ـ والذين يظاهرون من نسائهم ـ إلى أن قال ـ فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا . والظهار كان طلاقا فى الجاهلية ، فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح ، وهذا لأنه جناية

وتشتكي إلى الله ـ إلى الغرض ، فقال : يعتق رقبة ، فقلت لايجد ، فقال : يصوم شهرين متتابعين ، قلت : يارسول الله إنه شيخ كبير مابه من صيام ، قال : فيطعم ستين مسكينا ، قلت : ماعنده شيء يتصدق به ، قال : فإنى ماعينه بعرق من تمر ، قلت : يارسول الله وإنى سأعينه بعرق آخر ، قال : قد أحسنت ، قال : فاذهبي فأطعمي بهما عنه ستين مسكينا وارجعي إلى ابن عمك » قال : والعرق ستون صاعا » ، رواه أبو داود . وقيل هو مكيال يسع ثلاثين صاعا ، قال أبو داود : وهذا أصح ، وفى الحديث ألفاظ أخر ، ورواه ابن ماجه وغيره (قوله وإذا قال الرجل لامرأته أنت عليّ كظهر أمي فقد حرمت عليه) وعند محمد للمظاهر أن يقبلها إذا قدم من سفر للشفقة ، وكذا إذا قال أنت مني كظهر أمي أو أنت عندي أو معي ، وكذا إذا قال أنا منك مظاهر وقد ظاهرت منك ، ومتى ألحق لفظ المشيئة لايثبت ، فلو قال أنت عليّ كظهر أمي إن شاء الله تعالى لم يلزمه شيء ، ولو قال إن شاء فلان فالمشيئة إليه (قوله وهذا) أى ثبوت التحريم بالظهار ثم ارتفاعه بالكفارة (لأنه) أى الظهار (جناية) كبيرة محضة

كظهر أمي أو ما قام مقامه . وحكمه حرمة الوطء والدواعي مع بقاء اصل الملك إلى غايه الكفارة (وإذا قال الرجل لامرأته أنت عليّ كظهر أمي فقد حرمت عليه لايحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى ـ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ـ والظهار كان طلاقا فى الجاهلية ، فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح) وبيان ذلك أن أحدهم فى الجاهلية كان إذا أراد أن يطلق امرأته جعلها فى التحريم على نفسه كالمواضع التى لايطلع عليها من أمه كالفخذ والظهر والبطن والفرج ، ثم نظروا فلم يجدوا موضعا أحسن فى الذكر ولا أستر من الظهر مع إصابة المعنى الذى أرادوه فاستعملوه دون غيره . ثم إن خولة بنت ثعلبة قالت : « كنت تحت أوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه ، فراجعته فى بعض ما أمرني به فقال : أنت عليّ كظهر أمي ، ثم خرج فجلس فى نادى قومه ثم رجع إليّ فراودني عن نفسي ، فقلت والذى نفس خولة بيده لاتصل إليّ وقد قلت ماقلت حتى يقضي الله ورسوله فى ذلك ، فوقع عليّ فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير ، وخرجت إلى بعض جيراني فأخذت ثيابا فلبستها وأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك ، فجعل يقول لى : زوجك وابن عمك وقد كبر فأحسني إليه ، فجعلت أشكو إلى الله ما أرى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ماكان يتغشاه عند نزول الوحي فلما سرى عنه قال : أنزل الله فيك وفى زوجك بيانا ، وتلا قوله تعالى ـ قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكي إلى الله ـ إلى آخر آيات الظهار ، ثم قال : مريه فليعتق رقبة ، فقلت : لايجد ذلك يارسول الله ، ثم قال مريه أن يصوم شهرين متتابعين ، فقلت : هو شيخ كبير لايطيق الصوم ، فقال : مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت : ماعنده شيء يارسول الله ، فقال : إنا سنعينه بعرق ، فقلت : وأنا أعينه بعرق أيضا ، فقال : افعلي واستوصي به خيرا » وقال علماؤنا : المراد من العود هو العزم على الجماع الذى هو إمساك بالمعروف . وقال الشافعي : المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار (قوله وهذا) إشارة إلى نقل حكم الظهار من الطلاق إلى التحريم الموقت بالكفارة ، وبيانه أن الظهار جناية لكونه منكرا من القول وزورا قال الله تعالى ـ وإنهم ليقولون

لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة ، وارتفاعها بالكفارة . ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه كي لايقع فيه كما فى الإحرام ، بخلاف الحائض والصائم لأنه يكثر وجودهما ، فلو حرم الدواعى يفضى إلى الحرج ولا كذلك الظهار والإحرام

(لكونه منكرا من القول وزورا) بالنص فيناسب المجازاة على هذه الجناية بالحرمة وارتفاع هذه الحرمة بالكفارة (قوله ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه) تفيد هذه العبارة أن هذا هو الأصل إذ طريق المحرم محرم ، وعلى هذا استمر فى الاستبراء والإحرام والاعتكاف ، وثبت من الشرع خلافه فى الصوم والحيض ، فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل إحدى نسائه وهو صائم . وفى حديث عائشة رضى الله عنها « كان يأمرنى أن أتزر فيباشرنى وأنا حائض » فوجب البحث عن حكمة الفرق شرعا بين هذه الأمور لينظر هل الظهار من قبيل مايقتضى الفرق تحريم الدواعى فيه كما قلنا نحن ومالك ، وهو قول الزهرى والأوزاعى والنخعى وقول الشافعى ورواية عن أحمد ، لأن حرمة الوطء نصا بقوله تعالى ـ من قبل أن يتماسا ـ وهو كناية عن الجماع فلا يتناول غيره ، أو تحليلها كما قال الشافعى وأحمد فى قولهما الآخر فنظرنا فعقلنا كون حكمته لزوم الحرج لو حرمت الدواعى فى الصوم والحيض لكثرة وقوعهما ووقوع ضدهما من الفطر والطهر فعلى كثرة وقوعهما يلزم الحرج بمنع الدواعى ، وعن كثرة وقوع الضدين الظاهرين فى كثرة وجود الجماع ينتفى لزوم شرع الزاجر المبالغ فلا يحرم الدواعى بخلاف الظهار والاستبراء والإحرام لاتكثر بالنسبة إلى كل شخص فاستمر على الأصل ، وتقدم له فى الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم فى حرمة الدواعى فيه لا فى الصوم بأن الجماع محظور الاعتكاف والإحرام ، بخلاف الصوم لأن الكف عنه ركنه فلا يتعدى إلى دواعيه ، وقرر بما حاصله أن الفرق للفرق بين التحريم الثابت فى ضمن الأمر ، والتحريم الثابت بالنهى لما كان الثانى أقوى بسبب أن النهى تناوله مقصودا فتعدى إلى الدواعى ، بخلاف الثابت فى ضمن الأمر فإنه لم يتعلق به نهى أصلا بل طلب شىء يستلزم وجوده عدم ذلك فحرم ذلك لتأديته إلى تفويت المطلوب لامقصودا فلم يتعد إلى دواعيه . فافترق الحال بينهما وبين الاستبراء والإحرام والاعتكاف لثبوت حرمة الجماع فيها بالنهى ، قال تعالى ـ ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد ـ ولا رفث ولا فسوق ـ نفى مستعار للنهى

منكرا من القول وزورا ـ والمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع ، والزور هو الكذب والباطل ، والجناية تناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة (ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه كي لايقع فيه كما فى الإحرام) وقال الشافعى : لاتحرم الدواعى لأن التحريم عرف بقوله تعالى ـ من قبل أن يتماسا ـ والتماس فى القرآن كناية عن الجماع . وأجاب صاحب الأسرار بأن التماس حقيقة فى المس باليد والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز (بخلاف الحائض والصائم) حيث لاتحرم الدواعى فيهما (لأنه يكثر وجودهما ، فلو حرم الدواعى أفضى إلى الحرج ، ولا كذلك الظهار والإحرام) وسيأتى فى كتاب الكراهية . فإن قيل : لما كثر وجودهما كان أدعى إلى شرع الزاجر من الظهار ، فلم انعكس الأمر . أجيب بأن أوقات الحيض والصوم وإن كان كثيرا لكن أوقات الطهر والإفطار أكثر ، فلما كثر أوقات الطهر كان الجماع موجودا فيها ظاهرا فيوجب ذلك فتور رغبة فى الجماع فلا يليق فيه إيجاب الزاجر

(قوله وقال الشافعى : لاتحرم الدواعى) أقول : أى فى قول (قوله وأجاب صاحب الأسرار بأن التماس حقيقة فى المس باليد) أقول : الأولى ترك قوله باليد ، فإن المس لايختص بها فيكون عاما للجميع من التقبيل وغيره

(فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله تعالى ولاشىء عليه غير الكفارة الأولى ولا يعود حتى يكفر) لقوله عليه الصلاة والسلام للذى واقع فى ظهاره قبل الكفارة « استغفر الله ولا تعد حتى تكفر » ولو كان شىء آخر واجبا لنبه عليه . قال : وهذا اللفظ لايكون إلا ظهارا لأنه صريح فيه (ولو نوى به الطلاق لا يصح)

لتأكيده . وقال صلى الله عليه وسلم « ألا لاتنكح الحبالى حتى يضعن ، ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة » وقال تعالى فى الأخيرين ـ فاعتزلوا النساء فى المحيض ـ ثم أتموا الصيام ـ ولما كان هذا يقتضى عدم حرمة الدواعى لأن المذكور فى الآية الأمر بالكفارة قبل التماس وهو قوله تعالى ـ فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ـ فإنه مصدر واقع بدلا من اللفظ بالفعل فيحرم الجماع لتفويته المأمور به فهو كفارة قبل التماس مع أنه يقتضى حرمة الدواعى فى الحيض لأن اعتزلوا هو نفس معنى النهى حتى أنهم لم يمثلوا للنهى عن البيع وقت النداء إلا بقوله تعالى ـ وذروا البيع ـ ولم سموه إلا منهيا عنه وهو صحيح لأن النهى للنفس طلب الترك عدل إلى ماذكر ، والتحقيق أن الدواعى منصوص على منعها فى الظهار ، والمذكور فى وجه الفرق إنما هو حكمة الفرق بين الظهار وما ذكر ، أما كونها منصوصا على منعها فإن قوله تعالى ـ من قبل أن يتماسا ـ لاموجب فيه للحمل على المجاز لإمكان الحقيقة ، ويحرم الجماع لأنه من أفراد التماس ، فكل من القبلة والمس والجماع إفراد التماس فيحرم الكل بالنص ، وظهر فساد قول المخالف ، والله سبحانه أعلم (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) روى أصحاب السنن الأربعة عن ابن عباس رضى الله عنهما « أن رجلا ظاهر من امرأته فوقع عليها قبل أن يكفر ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : ماحملك على هذا ؟ قال : رأيت خلخالها فى ضوء القمر ، وفى لفظ : بياض ساقيها ، قال : فاعتزلها حتى تكفر » ولفظ ابن ماجه « فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمره أن لايقربها حتى يكفر » قال الترمذى : حديث حسن صحيح غريب . ونفى كون هذا الحديث صحيحا رده المنذرى فى مختصره بأنه صححه الترمذى ورجاله ثقات مشهور سماع بعضهم من بعض . وروى الترمذى عن ابن إسحاق إلى آخر السند عن سلمة بن صخر البياضى عن النبى صلى الله عليه وسلم « فى المظاهر يواقع قبل أن يكفر قال : كفارة واحدة » وقال : حديث حسن غريب . وأما ذكر الاستغفار فى الحديث فالله أعلم به ، وهو فى الموطإ من قول مالك ، ولفظه : قال مالك فيمن يظاهر ثم يمسها قبل أن يكفر يكف عنها حتى يستغفر الله ويكفر ، ثم قال : وذلك أحسن ماسمعت (قوله فلو كان شىء آخر واجب لنبه عليه) لأنه مقام البيان وتأخير البيان عن وقت الحاجة لايجوز ، فعلم أن المذكور تمام حكم الحادثة فلا تجب كفارتان كما نقل عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهرى وقتادة ، ولا ثلاث كفارات كما عن الحسن البصرى والنخعى (قوله وهذا اللفظ) أى قوله أنت على كظهر أمى (لايكون إلا ظهارا وإن نوى به الطلاق) أو الإيلاء أو قال لم أنو شيئا لأنه صريح فيه ، وإنما إليه اتباع المشروع لاتغييره ، وهذا يعم ماقلنا ، وما فى الكتاب يخص قصد

لأن إيجاب الزاجر لمنع وجود الجماع ، وبفتور الرغبة كان ممتنعا فلا يحتاج إلى إيجاب الزاجر (فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله ولا شىء عليه غير الكفارة الأولى) أى الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ، ولا يعاود الوطء حتى يكفر ، لما روى « أن سلمة بن صخر البياضى قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : ظاهرت من امرأتى ثم أبصرت خلخالها فى ليلة قمراء فواقعتها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر » ووجه الاستدلال ماذكره بقوله (ولو كان شىء آخر واجبا لنبه عليه . قال : وهذا اللفظ) هذا إشارة إلى قوله أنت على كظهر أمى : يعنى هذا اللفظ لا يثبت به إلا الظهار ، فلو نوى الطلاق أو الإيلاء أو قال لم أنو به شيئا

لأنه منسوخ فلا يتمكن من الإتيان به (وإذا قال أنت علىّ كبطن أمى أوكفخذها أو كفرجها فهو مظاهر) لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمة ، وهذا المعنى يتحقق فى عضو لايجوز النظر إليه (وكذا إذا شبهها بمن لايحل له النظر إليها على التأبيد من محارمه مثل أخته أوعمته أو أمه من الرضاعة)

الطلاق . ولو قال أردتُ به الخبر عن الماضى كذبا لايصدق فى القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى ، كذا فى التحفة . ولو قيل المنسوخ كون هذا اللفظ طلاقا وهو لايستلزم نفى صحة إرادته به احتاج إلى الجواب ويصلح ماتقدم من قوله وإنما إليه اتباع المشروع لاتغييره أن يكون جوابا وهو كلفظ أنت طالق جعل شرعا لوقوع الطلاق على المخاطبة ، ويصح أن يراد غيره فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا فى التحفة (قوله ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرّمة) اللام فيهما للعهد : أى المحللة بعقد النكاح بالمحرمة على التأبيد لأنهما المعهودتان فيما سبق من ذكرهما (قوله وهذا المعنى) يعنى تشبيه المحللة بالمحرمة (يتحقق فى التشبيه بعضو لايحل النظر إليه) على التأبيد لما كان الظهار كلاما تشبيها مشتملا على المشبهة والمشبه بها وجب إعطاء ضابطهما ؛ فى المشبهة أن تذكر هى أو جزء شائع منها أو جزء معين يعبر به عن جملتها كالرأس والرقبة والفرج والوجه ، وتقدم بيان التعبير بهذه عن الكل فى الطلاق والنصف والثلث فى الأول ، وفى المشبه بها أن تذكر هى أو عضو منها لايحل النظر إليه على التأبيد إلا أن مع ذكرها ينوى كما سيأتى . إذا عرفت هذا فعبارته : أعنى قوله وكذا إذا شبهها بمن لايحل له النظر إليها إلى قوله مثل أخته وعمته وأمه من الرضاع ليست جيدة لأن ظاهرها حرمة النظر إلى هؤلاء من الرضاعة ، وإنما المعنى إذا شبهها بجزء لايحل النظر إليه ، فلو قال أنت علىّ أو رأسك أووجهك أورقبتك أو فرجك أو نصفك أو ثلثك أو سدسك كظهر أمى أو خالتى أو أم زوجتى أوكفرجها أو بطنها أو فخذها أو أليتها كان مظاهرا ، ولو قال يدك أو رجلك أو شعرك أو ظفرك أو سنك أو بطنك أو فخذك أو جنبك أو ظهرك كظهر أمى أو فرجها إلى آخر ماذكرنا لم يكن مظاهرا لانتفائه من جهة المشبهة ، ولو قال أنت علىّ أو رأسك إلى آخر ماقلنا كيد أمى أو جنبها الخ لم يكن ظهارا لانتفائه من جهة المشبه بها لأن هذه الأشياء مما يجوز النظر إليها ومسها بغير شهوة ، وكذا لو قال يدك أو رجلك الخ علىّ كيدها أوكرجلها الخ لم يكن ظهارا لانتفائه من الجهتين ، وإذا أحكمت ملاحظة الأصلين

يكون ظهارا (لأنه) أى كونه طلاقا (منسوخ فلا يتمكن من الإتيان به) لأن فى ذلك تغيير موضوع الشرع وليس للعبد ذلك (ولو قال أنت علىّ كبطن أمى أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمة) اللام فى المحللة والمحرمة للعهد : أى المحللة نكاحا لا بملك اليمين بالمحرمة تأبيدا لا توقيتا (وهذا المعنى) أى التشبيه (يتحقق فى عضو لايجوز النظر إليه) كالأعضاء المذكورة ، بخلاف اليد والرجل والشعر والظفر لأنه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها . وقوله (وكذا إذا شبهها بمن لايحل له النظر إليها) ظاهر

(قوله لأن فى ذلك تغيير موضوع الشرع) أقول : وعدم كونه إيلاء يعلم من قوله لأن فيه تغيير موضوع الشرع (قال المصنف وكذا إذا شبهها بمن لايحل له النظر) أقول : قال ابن الهمام : مقتضى العبارة أن لايحل النظر إلى أخته وغيرها وليس كذلك ، وإنما المعنى بجزء لايحل النظر إليه اهـ فاستعمل من بمعنى ما ، ومن فى من محارمه للتبعيض . قال الإتقانى : أى إذا شبه امرأته بمن لايحل للرجل النظر إلى هذه الأشياء الظهر و البطن والفرج والفخذ على التأبيد من سائر المحارم اهـ . فعلى هذا تخلو الصلة عن العائد ، إلا أن يقال المضاف مقدر : أى لايحل النظر إلى أعضائها المعهودة (قال المصنف على التأبيد) أقول : قال تاج الشريعة احترز به عن المطلقة ثلاثا ، وكذلك كل من كانت حلالا ثم حرمت عليه مثل أم امرأته اهـ ، لكن إذا شبهها بها يكون مظاهرا .

لأنهن فى التحريم المؤبد كالأم (وكذلك إذا قال رأسك على كظهر أمى أو فرجك أو وجهك أورقبتك أونصفك أو ثلثك أو بدنك) لأنه يعبر بها عن جميع البدن ، ويثبت الحكم فى الشائع ثم يتعدى كما بيناه فى الطلاق

أخرجت فروعا كثيرة عن تفريق ماجمعناه مثل فرجك كفرج أمى فرجك كفخذ أمى يكون ظهارا بطنك كفرجها لايكون ظهارا . ووجه الاعتبار فى المشبهة بكون العضومما يعبر به عن الجملة والجزء الشائع ما أحال عليه فى الطلاق لأن المحرمة هنا كالمطلقة هناك وقد بيناه هناك ، وفى المشبه بها بكون العضو مما لايحل النظر إليه من المحرمة ماذكره بقوله لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة الخ وقد تممناه فى أول هذا البحث (قوله لأنهن) أى أخته وعمته وأمه من الرضاع فى التحريم المؤبد كالأم ، بخلاف قوله أنت على كظهر عمتك أو أختك لأن حرمتهما ليست على التأبيد بل موقتة بانقطاع عصمته لها . ثم المراد تأبد الحرمة باعتبار وصف لايمكن زواله فإن المجوسية محرمة على التأبيد . ولو قال كظهر مجوسية لايكون ظهارا ذكره فى الجوامع لأن التأبيد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز إسلامها ، بخلاف الأمية والأختية وغيرهما . لايقال : يرد على اشتراط تأبد الحرمة مالو ظاهر من امرأته ثم قال لأخرى أنت على مثل هذه ينوى الظهار فهو مظاهر ولو بعد موتها وبعد التكفير مع أن المظاهر منها ليست محرمة على التأبيد لأن ثبوت الظهار فى هذه إنما هو باعتبار تضمن قوله لها أنت على كظهر أمى لأن تشبيهها بمن قال لها ذلك إنما هو فى ذلك ، فالظهار فيها باعتبار خصوص وجه الشبه المراد لاباعتبار نفس التشبيه بها ، وكذا لو كانت امرأة رجل آخر ظاهر زوجها منها فقال أنت على مثل فلانة ينوى ذلك صح ولو كان بعد موتها . وفى التحفة : لو شبه بامرأة محرمة عليه فى الحال وهى ممن تحل له فى حالة أخرى مثل أخت امرأته ومثل امرأة لها زوج أو مجوسية أومرتدة لم يكن مظاهرا لأن النص ورد فى الأم وهى محرمة على التأبيد ، وقد علمت أن هذه كنايات فلا تكون ظهارا ولا إيلاء إلا بالنية ، وبعد اشتراط تأبيد الحرمة هل يشترط الإجماع عليها ؟ شرطه فى النهاية لتخرج أم المزنى بها وبنتها لأنه لو شبهها بهما لم يكن مظاهرا وعزاه إلى شرح الطحاوى ، لكن الخلاف منقول فى هذه ، فمنهم من قال عند أبى يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم لو قضى بحلها عند محمد ينفذ خلافا لأبى يوسف . ومنهم من قال عند أبى حنيفة وأبى يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم بحل نكاحها وعدمه ، فظهر مما نقلنا أن مبنى ثبوت الخلاف فى الظهار وعدمه ليس كون الحرمة المؤبدة مجمعا عليها أولا ، بل كونها يسوغ فيها الاجتهاد أو لا ، وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الإجماع أو النص الغير المحتمل للتأويل من غير معارضة نص آخر فى نظر المجتهد وإن كانت المعارضة ثابتة فى الواقع ، ولهذا يختلف فى كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفى نفاذ حكم الحاكم بخلافه . ولذا فرق فى المحيط بوجود النص على الحرمة بالوطء وعدمه حيث قال : لو قبل امرأة أو لمسها بشهوة ثم شبه امرأته ببنتها لايكون مظاهرا عند أبى حنيفة ، ولا يشبه هذا الوطء لأن حرمته منصوص عليها وحرمة الدواعى غير منصوص عليها . وفى الدراية : فى كظهر أختى من لبن الفحل لايصير مظاهرا من غير ذكر خلاف مع أنها محرمة على التأبيد ، كأنهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد

(وإن قال رأسك على كظهر أمى أو فرجك أو وجهك أو رقبتك كان مظاهرا) لأن هذه الأعضاء يعبر بها عن جميع البدن فيكون تشبيهها من المرأة كتشبيه ذات المرأة (ولو قال نصفك أو ثلثك أو ربعك كظهر أمى كان مظاهرا لأن الحكم يثبت فى ذلك الجزء أولا ثم يسرى إلى سائر البدن كما بيناه فى الطلاق)

(ولو قال أنت علىّ مثل أمى أو كأمى يرجع إلى نيته) لينكشف حكمه (فإن قال أردت الكرامة فهو كما قال) لأن التكريم بالتشبيه فاش فى الكلام (وإن قال أردت الظهار فهو ظهار) لأنه تشبيه بجميعها ، وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر إلى النية (وإن قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن) لأنه تشبيه بالأم فى الحرمة فكأنه قال أنت علىّ حرام ونوى الطلاق ، وإن لم تكن له نية فليس بشىء عند أبى حنيفة وأبى يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة . وقال محمد يكون ظهارا لأن التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها أولى . وإن عنى به التحريم لا غير ؛ فعند أبى يوسف هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين .

فيها مع أن فى حرمتها عموم نص « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » وقوله صلى الله عليه وسلم « ليلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة » لكن ذلك خص منه ماذكر فى الرضاع . والثانى إنما يفيد ثبوت أختية بنت الفحل من غير التى أرضعته بالالتزام ، ومثله مارأيت لو شبهها بامرأته الملاعن منها لم يكن مظاهرا من غير ذكر خلاف مع أن أبا يوسف يرى تأبد حرمتها لتسويغ الاجتهاد . أما إن أراد من أرضعهما نفس الفحل بأن نزل له لبن فلا إشكال ، لكنه بعيد من عادتهم فى إطلاقه ، ولأنه لا أختية هناك أصلا . ومما يشكل ما ذكره فى الدراية أيضا نقلا عن شرح القدورى رحمه الله : زنى أبوه بامرأة أو ابنه فشبهها بأمها أو ابنتها يصير مظاهرا عند أبى يوسف رحمه الله ولا ينفذ عنده حكم الحاكم بحلها له . وعند محمد لا يصير مظاهرا وينفذ حكم الحاكم ، وهذا مشكل لأن غاية أم مزنية الأب والابن أن تكون كأم زوجة الأب والابن ، ولا تحرم أم زوجة الأب على الابن ولا أم زوجة الابن على الأب ، فليس التشبيه هنا بمحرمة ، ولو شبه بظهر أبيه أو قريبه أو بظهر أجنبى لم يكن مظاهرا ، ولو شبهها بفرج أبيه أو قريبه قال فى المحيط : ينبغى أن يكون مظاهرا لأن فرجهما فى الحرمة كفرج أمه . وفى كافى الحاكم رحمه الله : المرأة لا تكون مظاهرة من زوجها من غير ذكر خلاف . وفى الدراية : لو قالت هى أنت علىّ كظهر أبى أو أنا عليك كظهر أمك لا يصح الظهار عندنا . وفى المبسوط عن أبى يوسف : عليها كفارة يمين . وقال الحسن بن زياد : هو ظهار . وقال محمد : ليس بشىء وهو الصحيح . وفى شرح المختار حكى خلاف أبى يوسف ، والحسن على العكس ، وكذا فى غيره . وفى الينابيع والروضة كالأول قال : هو يمين عند أبى يوسف ظهار عند الحسن ، ولو ظاهر من امرأته ثم أشرك معها أخرى كان مظاهرا منهما (قوله ولو قال أنت علىّ مثل أمى) هنا ألفاظ أنت أمى مثل أمى كأمى حرام كظهر أمى ؛ فى أنت أمى لا يكون مظاهرا وينبغى أن

(ولو قال أنت علىّ مثل أمى أو كأمى احتمل وجوها فيرجع إلى نيته لينكشف ذلك ؛ وكلامه ظاهر . وقوله (وإن لم تكن له نية فليس بشىء عند أبى حنيفة وأبى يوسف) ذكر فى المبسوط قول أبى حنيفة وحده ، وعن أبى يوسف فيه روايتان : إحداهما كقول محمد لأنه قال فى الأمالى : إذا قال هذا فى حالة الغضب وقال نويت به البرّ لم يصدق فى القضاء وهو ظهار . وعنه أنه قال إيلاء لأن الأم محرمة عليه بالنص ، قال الله تعالى ـ حرمت عليكم أمهاتكم ـ وكان قوله أنت علىّ كأمى بمنزلة قوله أنت علىّ حرام ، وقد بينا فى هذا اللفظ أنه إذا لم ينو شيئا يثبت أقل الوجوه وهو الإيلاء . وجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف على ماذكره فى الكتاب أن كلامه يحتمل التشبيه من حيث الكرامة فيحمل عليه إلى أن يتبين خلافه بالنية والفرض عدمها . ووجه قول محمد أن التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها أولى . وإن عنى به التحريم لا غير ؛ فعند أبى يوسف هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين)

قال المصنف (فالتشبيه بجميعها أولى) أقول : فيه بحث ، فإن فى الجميع مايحل النظر إليه كالوجه وغيره .

وعند محمد ظهار لأن كاف التشبيه تختص به (ولو قال أنت على حرام كأمى ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على مانوى) لأنه يحتمل الوجهين. الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وإن لم تكن له نية ، فعلى قول أبى يوسف إيلاء ، وعلى قول محمد ظهار ،

يكون مكروها ، فقد صرحوا بأن قوله لزوجته ياأخية مكروه . وفى حديث رواه أبو داود عن أبى تميمة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لامرأته يا أخية فكره ذلك ونهى عنه » ونحن نعقل أن معنى النهى هو أنه قريب من لفظ تشبيه المحللة بالمحرمة الذى هو ظهار ، ولولا هذا الحديث لأمكن أن يقال هو ظهار لأن التشبيه فى قوله أنت أمى أقوى منه مع ذكر الأداة ، ولفظ أخية فى يا أخية استعارة بلا شك وهى مبنية على التشبيه ، لكن الحديث المذكور أفاد كونه ليس ظهارا حيث لم يبين فيه حكما سوى الكراهة والنهى عنه ، فعلم أنه لابد فى كونه ظهارا من التصريح بأداة التشبيه شرعا ، ومثله أن يقول لها يابنتى أو يا أختى ونحوه ، وفى مثل أمى أو كأمى ينوى ، فإن نوى الطلاق وقع بائنا كقوله أنت على حرام ، وإن نوى الكراهة والظهار فكما نوى كما فى الكنايات . وأفاد أنه كناية فى الظهار ، فعلم أن صريحه يكون التشبيه بعضو ، وإن لم يكن له نية فليس بشىء عندهما ، وهو ظهار عند محمد رحمه الله . وجه قوله أن المعنى الشرعى لهذا اللفظ الظهار لوجود التشبيه بالبعض فى ضمن الكل غير أنه عدل عنه فيما إذا كان له نية شىء يصح إرادته من اللفظ إلى ذلك المنوى تصحيحا لإرادته ، وجعل على بمعنى عندى فى الكرامة ، وذلك أن المفيد للكرامة بطريق الحقيقة لفظ أنت عندى مثل أمى أو كأمى ، فحين لم يصرفه عن مقتضاه نية عمل بموجبه فى نفسه . ولهما أن يمنعا كون الصراحة تثبت بالتشبيه بالجزء حال كونه فى ضمن التشبيه بالكل بل إذا كان التشبيه به ابتداء ، ففيما إذا كان التشبيه بكلها يبقى مجملا فى حق جهة التشبيه ، فما لم يتبين مراد مخصوص لايحكم بشىء خصوصا والحمل على الظهار حمل على المعصية ، ولا يجوز إلزام المسلم المعصية من غير قصد إليها ولا لفظ صريح فيها ، وما أمكن صرف تصرفاته عنها وجب اعتبار ذلك فى حقه ، وإن نوى به التحريم لاغير فالمصنف حكى فيه خلافا بينهما وكذا غيره ، فعند محمد ظهار لأنه بكاف التشبيه : أى أداته فإن الكلام فى مثل أمى وكأمى جميعا واحد مختص بالظهار كما قدمنا أنه حقيقة وقد نوى مالاينافيه فإن الحرمة موجب الظهار فيثبت المنوى فى ضمن المعنى الحقيقى فى الكلام . وعند أبى يوسف إيلاء بناء على منع كونه المعنى الوضعى عند التشبيه بالكل فيبقى الثابت به لا يتعدى به المنوى وتحريمها مطلقا بلا ظهار ولا طلاق هو الإيلاء

فإن الحرمة الثابتة بالإيلاء أدنى من الحرمة الثابتة بالظهار ، إذ حرمة الإيلاء لغيرها وهو هتك حرمة اسم الله تعالى ، وحرمة الظهار لعينها وهو أنه منكر من القول وزور ، ولأن الحرمة الثابتة بالظهار لاترتفع إلا بالكفارة ، والثابتة بالإيلاء ترتفع بدونها وهو الحنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ماهو المذكور فى النهاية وغيرها (وعند محمد ظهار لأن كاف التشبيه يختص به . ولو قال أنت على حرام كأمى ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على مانوى لأنه يحتمل الوجهين) فحسب ، لأنه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كما فى المسئلة الأولى ووجهها ظاهر (وإن لم تكن له نة فعلى قول أبى يوسف إيلاء ، وعلى قول محمد ظهار ،

(قال المصنف لأن كاف التشبيه) أقول : أى أداته ، فإن الكلام فى مثل أمى وكأمى جميعا واحد (قال المصنف يختص به) أقول : المراد كثرة استعماله فيه فلا يرد شىء .

والوجهان بيناهما (وإن قال أنت علىّ حرام كظهر أمى ونوى به طلاقا أو إيلاء لم يكن إلا ظهارا عند أبى حنيفة ، وقالا : هو على مانوى) لأن التحريم يحتمل كل ذلك على مابينا ، غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لايكون ظهارا ، وعند أبى يوسف يكونان جميعا

ولأن الإيلاء أدنى الحرمتين من حيث السبب والحكم وأمور أخر ، أما السبب وهو الظهار نفسه فكبيرة محضة ، والإيلاء فى نفسه من حيث هو يمين ليس معصية بل باعتبار أمر آخر يقترن به ، وأما الحكم فالكفارة فيه أغلظ حيث قدر الإطعام بستين مسكينا أو صيام ستين يوما ، والأمور الأخر هي أن حرمتها فى الإيلاء لاتثبت فى الحال فإنه وإن حلف أن لايقربها فالشرع طلب منه أن يحنث ويطأها قبل التكفير ثم يكفر ، ولو طلقها ثلاثا فعادت إليه بعد زوج آخر عادت بلا إيلاء فى حق وقوع الطلاق بمضى المدة بل فى حق لزوم الكفارة إذا وطئ وكان الإيلاء مؤبدا . وفى الظهار يثبت فى الحال ثم يتعدى إلى الدواعى ثم لايحل منها شيء آخر حتى يكفر أولا ، ولو طلقها ثلاثا والباقى بحاله تعود بالظهار ولا تحل مالم يكفر ، وكذا لو ملكها بأن كانت أمة فاشتراها وانفسخ العقد لاتحل مالم يكفر ، ومنهم من قال : الأصح أنه حينئذ ظهار عند الكل لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه ، وفيه نظر لأن هذا إنما ينطبق على قوله أنت علىّ حرام كأمى ، وليس الكلام فيه بل فى مجرد أنت كأمى . وفى أنت علىّ حرام كأمى فإنما له محتملان الطلاق والظهار لا البرّ لتصريحه بالحرمة ، فأيهما أراد ثبت ، فإن لم تكن له نية فعلى قول أبى يوسف إيلاء وعلى قول محمد ظهار ، وههنا يتجه المذكور آنفا عن قاضيخان أنه ينبغى أن لايختلف فى كونه ظهارا لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه (قوله والوجهان بيناهما) يعنى فيما قبلها : يعنى قوله من جهة أبى يوسف ليكون الثابت أدنى الحرمتين ، ومن جهة محمد ماذكرنا . وفى أنت علىّ حرام كظهر أمى خلاف ، فعنده لايكون إلا ظهارا سواء نوى طلاقا أو إيلاء أو لم ينو شيئا (وقالا : هو على مانوى) ظهارا أو طلاقا أو إيلاء ، وإن لم تكن له نية فظهار (لأن التحريم يحتمل كل ذلك) فإن نوى الطلاق أو الإيلاء يكون قوله بعده كظهر أمى تأكيدا له لامغيرا (غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لايكون ظهارا) معه لأنه يقع بائنا بأنت حرام ، ولا يمكن إثبات الظهار بعده بكظهر أمى (وعند أبى يوسف يكونان) فقيل لا بلفظ حرام إذ لايراد باللفظ الواحد معنيان مختلفان بل كل لفظ ، وهذه رواية عنه فى صحة الظهار من المبانة . وقيل بل الظهار يقع بنفس اللفظ لأنه صريح فيه والطلاق باعترافه بنيته ، كما إذا قال من له امرأة معروفة بزينب زينب طالق ثم قال عنيت الأخرى يقع عليهما فى الأخرى باعترافه وفى المعروفة بصريح اللفظ فى القضاء فإنه لايصدق فيه فى صرف النية عنها لأنه خلاف الظاهر ، وهذا يقتضى أن وقوع الطلاق والظهار فيما إذا قال عنيت الطلاق عنده إنما هو فى القضاء ، أما فيما بينه وبين الله تعالى فالواقع

والوجهان بيناهما) يعنى قوله ليكون الثابت أدنى الحرمتين ، وقوله لأن كاف التشبيه يختص به (وإن قال أنت علىّ حرام كظهر أمى ونوى طلاقا أو إيلاء لايكون إلا ظهارا عند أبى حنيفة) وكذا إذا لم ينو شيئا كذا فى المبسوط (وقالا : هو على مانوى) إن نوى ظهارا فظهار ، وإن نوى طلاقا فطلاق ، وإن نوى إيلاء فإيلاء ، كذا ذكره الصدر الشهيد والإمام العتابى فى شرحيهما للجامع الصغير (لأن التحريم محتمل) ونية المحتمل صحيحة غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لايكون ظهارا ، وعند أبى يوسف يكونان جميعا) يعنى يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ، ولا يصدق فى صرف الكلام عن ظاهره قضاء فصار بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم وقال لى امرأة أخرى وإياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر .

وقد عرف فى موضعه . ولأبى حنيفة أنه صريح فى الظهار فلا يحتمل غيره ، ثم هو محكم فيرد التحريم إليه .
قال (ولا يكون الظهار إلا من الزوجة ، حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا) لقوله تعالى ـ من نسائهم ـ ولأن الحل فى الأمة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ، ولأن الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق فى المملوكة

مانوى . وفى شرح الكنز : ولو نوى الإيلاء ينبغى أن يكون إيلاء وظهارا بالاتفاق لعدم التنافى (قوله وقد عرف فى موضعه) يعنى المبسوط . ولأبى حنيفة أنه : أى لفظ كظهر أمى صريح فى الظهار محكم فيه ، ولفظ حرام محتمل فيرد إليه إذا قرن معه (قوله حتى لو ظاهر من أمته) موطوءة كانت أو غير موطوءة لا يصح ، وهو مذهب الشافعى وأحمد وجمع كثير من الصحابة والتابعين ، خلافا لمالك والثورى فى الأمة مطلقا ، ولسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وقتادة والزهرى فى الموطوءة . لنا أن النص يتناول نساءنا بقوله تعالى ـ من نسائهم ـ والأمة وإن صح إطلاق لفظ نسائنا عليها لغة لكن صحة الإطلاق لا تستلزم الحقيقة ، لأن حقيقة إضافة النساء إلى رجل أو رجال إنما تتحقق مع الزوجات لأنه المتبادر حتى يصح أن يقال هؤلاء جواريه لا نساؤه ، وحرمة بنت الأمة الموطوءة ليس لأن أمها من نسائنا مرادة بالنص بل لأنها بنت موطوءة وطأ حلالا عند الجمهور وبلا هذا القيد عندنا ، على أنه لو أريد بالنساء هناك ما تصح به الإضافة حتى يشمل المعنى الحقيقى وهن الزوجات ، والمجازى : أعنى الإماء بعموم المجاز لأمكن للاتفاق على ثبوت ذلك الحكم فى الإماء كثبوته فى الزوجات . أما هنا فلا اتفاق ولا لزوم عندنا أيضا ليثبت بطريق الدلالة ، لأن الإماء لسن فى معنى الزوجات ، لأن الحل فيهن تابع غير مقصود من العقد ولا من الملك حتى يثبت مع عدمه فى الأمة المجوسية والمواضعة ، بخلاف عقد النكاح لا يصح فى موضع لا يحتمل الحل ، ولأن القياس أن لا يوجب هذا التشبيه الذى هو كذب سوى التوبة ورد الشرع بثبوت التحريم فيه فى حق من لها حق فى الاستمتاع ولا حق للأمة فيه فيبقى فى حقها على أصل القياس ، ولأن الظهار كان طلاقا

وضعفه شمس الأئمة السرخسى بأن الطلاق إن وقع بقوله أنت على حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بانت ، والظهار بعد البينونة لا يصح ، وإن قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله أنت على حرام . قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين . وأجاب الإمام ظهير الدين عن هذا فقال : يصح ظهار المبانة على قوله ، وكان هذا رواية منه على صحة ظهار المبانة وأن هذا الكلام صريح فى الظهار ولهذا لو لم تكن له نية يكون ظهارا فلا يصدق فى إبطال حكم الظهار ويصدق فى إرادة الطلاق لاعترافه به . وقوله (وقد عرف فى موضعه) يعنى مبسوط شمس الأئمة (ولأبى حنيفة : أن قوله أنت على كظهر أمى صريح فى الظهار) ولهذا لا يحتاج فى الدلالة عليه إلى النية (فلا يحتمل غيره من الطلاق) والإيلاء (ثم هو محكم) لعدم احتمال الغير ، وقوله أنت على حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره كما مر (فيرد التحريم إليه) أى إلى الظهار كما هو الأصل فى رد المحتمل على المحكم . قال (ولا يكون الظهار إلا من الزوجة ، حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى ـ والذين يظاهرون من نسائهم ـ ولأن الحل فى المملوكة تابع) بدليل أنه لو اشترى أمة فوجدها محرمة عليه برضاع أو مصاهرة لم يثبت للمشترى ولاية الرد بسبب الحرمة فلا تكون الأمة فى معنى المنكوحة حتى تلحق بها (ولأن الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق فى المملوكة) وعورض بأن الأمة محل الظهار بقاء فيجب أن تكون محلا ابتداء ؛ كما لو ظاهر من امرأته وهى أمة ثم اشتراها فإنه يبقى حكم الظهار ، وما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية فى النكاح . والجواب أن بقاء الظهار فيما ذكرت ليس باعتبار أنها محل للظهار بقاء ، وإنما هو باعتبار أن حرمة الظهار إذا صادفت المحل

(قوله فالابتداء والبقاء فيه سواء) أقول : فيه بحث ، نعم كل ما يكون محلا لحكم ابتداء يكون محلا له بقاء ، وأما عكسه فغير مسلم ، وما ذكره

(فإن تزوّج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل) لأنه صادق فى التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول ، والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف ، بخلاف إعتاق المشترى من الغاصب لأنه من حقوق الملك (ومن قال لنسائه أنتنّ علىّ كظهر أمى كان مظاهرا منهن جميعا) لأنه أضاف الظهار إليهن فصار كما إذا أضاف الطلاق (وعليه لكل واحدة كفارة) لأن الحرمة تثبت فى حق كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعددها ، بخلاف الإيلاء منهن لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم .

فنقل عنه إلى تحريم مغيا بالكفارة ولا طلاق فى الأمة ، وليس هذا الوجه بشىء للمتأمل (قوله لأنه صادق فى فى التشبيه وقت التصرف) والتشبيه إنما انعقد سببا للتحريم المغيا حين كان كذبا محضا فلا يتوقف .بقى أن يقال فليتوقف على الإجازة كما يتوقف نكاحها على الإجازة ، فإن أجازت ظهر أنه كان التشبيه الممتنع . أجاب عنه بقوله والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بتوقفه ، لأن عقد النكاح حلال والظهار حرام فتنافيا ، بخلاف العتق مع الملك فلا يتوقف ولا يثبت الظهار بعد الإجازة ، بخلاف إعتاق المشترى العبد من غاصب العبد ، لأن الإعتاق حق من حقوق الملك : يعنى يثبت بالملك حتى أن يعتق إذا شاء فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفاذه ولايثبت بملك النكاح ذلك بل هو منهى عنه ، وإن كان لوقاله لزمه حكمه ، فإذا أجاز المالك بيع الغاصب عتق (قوله ومن قال لنسائه أنتنّ على كظهر أمى كان مظاهرا منهن جميعا) بلا خلاف (لأنه أضاف الظهار إليهن فكان كإضافة الطلاق إليهن يطلقن جميعا ، وإنما الخلاف فى تعدد الكفارة؛فعندنا وعند الشافعى تتعدد بتعددهن : أى كل من أراد وطأها وجب عليه تقديم كفارة ، وبه قال الحسن والنخعى والزهرى والثورى وغيرهم ، وقال مالك وأحمد : كفارة يمين واحدة ، وروى ذلك عن عمر وعلى،وعروة وطاوس وعطاء اعتبروه باليمين بالله تعالى فى الإيلاء .

لاتزول إلا بالكفارة ، وههنا قد صادفت محلا فتبقى إلى أن توجد الكفارة فهى بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق ، فإنها إذا طلقت ثنتين لم تحل بعد ذلك بسبب مالم تتزوّج بزوج آخر (فإن تزوّج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل لأنه صادق فى التشبيه وقت التصرف) لكونها محرمة قبل إجازتها فلم يوجد ركن الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمة فلم يكن منكرا من القول والظهار منكر من القول . وقوله (والظهار ليس بحق من حقوقه) أى حقوق النكاح جواب سؤال . تقريره الظهار مبنى على الملك والملك موقوف فينبغى أن يكون الظهار موقوفا على الإجازة يوقف إعتاق المشترى من الغاصب على إجازة المغصوب منه البيع الصادر من الغاصب . وتقرير الجواب أن الظهار ليس من حقوق النكاح ولوازمه فلا يلزم من توقف النكاح على الإجازة توقف الظهار عليها ، والدليل على أنه ليس من حقوقه أن النكاح أمر مشروع ، والظهار ليس بمشروع لأنه منكر من القول ، وما لايكون مشروعا لايكون من حقوق المشروع (بخلاف إعتاق المشترى من الغاصب ، لأنه) أى الإعتاق (من حقوق الملك) لكونه منهيا للملك ومتمما له (ومن قال لنسائه أنتن علىّ كظهر أمى كان مظاهرا منهن جميعا) وكلامه فيه واضح . وقوله (بخلاف الإيلاء منهن) يعنى أن يقول لهن والله لا أقربكن ، فإنه إذا لم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر طلقن جميعا ، وإن قرب الكل قبل مضى المدة يجب عليه كفارة واحدة لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم .

من حديث المحرمية لايفيده (قوله لاتزول إلا بالكفارة الخ) أقول : وهل معنى محلية الظهار بقاء إلا هذا .

(فصل فى الكفارة)

قلنا الكفارة لوضع الحرمة وهي متعددة بتعددهن، وكفارة اليمين لهتك حرمة الاسم العظيم ولم يتعدد ذكره، بخلاف مالو كرر الظهار من امرأة واحدة مرتين أو أكثر فى مجلس أو مجالس حيث تتكرر الكفارة بتعدده إلا إن نوى بما بعد الأول الأول تأكيدا فيصدق قضاء فيهما لا كما قيل فى المجلس لا المجالس ، بخلاف الطلاق لأن حكم الظهار فيما بينه وبين الله تعالى . وأورد : لما ثبت بالظهار الأول حرمة موقتة فكيف تتكرر الحرمة بتكرار الظهار وماهو إلا تحصيل الحاصل . أجيب بالأول تثبت الحرمة الموقتة مع بقاء ملك الحل فيصح الظهار الثانى والثالث ولا منافاة فى اجتماع أسباب الحرمة كالخمر حرام على الصائم لعينها ولصومه وليمينه ، وهذا لايدفع سؤال تحصيل الحاصل إلا أن يلتزم أن يثبت بكل سبب حرمة كما التزم فى أسباب الحدث على ماتقدم فى الطهارات .

[فروع] لايصح ظهار الذمى ، وبه قال مالك خلافا للشافعى وأحمد كالإيلاء ، وهى رواية البرامكة عن أبى حنيفة والأول رواية الأصل لنا قوله تعالى ـ والذين يظاهرون منكم ـ والكافر ليس منا ، وإلحاقه بالقياس متعذر لأن الظهار جناية حكمها تحريم يرتفع بالكفارة ، وشرك الكافر يمنع من رفع أثر الجناية عنه بالكفارة مع أنه ليس من أهلها لأنها عبادة حتى اشترطت النية فلم تصح من الكافر فيبقى تحريما مؤبدا وهو غير حكمه بالنص ، ولأنه لايقدر عليها على رأيكم إذ لايقدر على ملك رقبة مؤمنة وإلغاء قيد الإيمان فى حقه ، بخلاف النص فيكون خلاف الكفارة ولا إجماع على ذلك ليكون كإلغائه فى ـ إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ـ وما أجيب من أنها عبادة فى حق المسلم عقوبة فى حق الكافر يقال عليه إنها تفتقر إلى النية اتفاقا فلزم كونها عبادة . وما دفع به من أن افتقارها إليها كافتقار الكنايات إليها وليست عبادة مدفوع بأنه قياس بلا جامع ، لأن افتقار الكنايات إليها ليتعين به أحد المحتملات وهو الطلاق عن غيره ، وافتقار الكفارة لتقع عبادة وإلا فلماذا ، والفرق بين الظهار والإيلاء على قول أبى حنيفة حيث أجاز إيلاء الكافر خلافا لصاحبيه أن حكم الإيلاء أمران : وقوع الطلاق بتقدير البر وهذا يتحقق فى حقهم لأنهم يعتقدون حرمة الاسم الكريم ويصونونه فينعقد منهم نظرا إلى ذلك ولزوم الكفارة بتقدير الحنث ، فلو فرض منهم الحنث بالوطء انتفى حكم البر وتعذر التكفير . ولو ظاهر واستثنى يوم الجمعة مثلا ثم كفر إن كفر فى يوم الاستثناء لم يجز ، ولو ظاهر يوما أو شهرا صح تقييده ولا يبقى بعد مضى المدة ، ولو علق الظهار بشرط ثم أبانها ثم وجد الشرط فى العدة لايصير مظاهرا ، بخلاف الإبانة المعلقة على ما سلف . ويصح بشرط النكاح ، فإذا قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت على كظهر أمى فتزوجها لزمه حكم الظهار ، ولو قال أنت على كظهر أمى فى رجب ورمضان وكفر فى رجب أجزأه عنهما ، ولو ظاهر فجن ثم أفاق فهو على حكم الظهار ولا يكون عائدا بالإفاقة خلافا لأحد وجهين للشافعية .

(فصل فى الكفارة)

(فصل فى الكفارة)

لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطء ودواعيه إلى نهايته ذكر فى هذا الفصل ماينهى تلك الحرمة وهو الكفارة . وسببها الظهار والعود جميعا ، فإن الله تعالى عطف العود على الظهار فى بيان سبب الكفارة ، ثم رتب الحكم

(فصل فى الكفارة)

قال (وكفارة الظهار عتق رقبة) فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا) للنص الوارد فيه فإنه يفيد الكفارة على هذا الترتيب . قال (وكل ذلك قبل المسيس) وهذا فى الإعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه ، وكذا فى الإطعام لأن الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا . قال (وتجزى فى العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والأنثى والصغير والكبير) لأن اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء إذ هى عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه ،

(قوله عتق رقبة) أى إعتاقها ، فإنه لو ورث من يعتق عليه فنوى به الكفارة مقارنا لموت المورث لايجزيه عنها (قوله وكذا فى الإطعام) يعنى يجب كونه قبل المسيس كأخويه ، والنص لايوجب بلفظه ذلك فيه فعلله وألحقه بهما . وحاصله عقلية لأن الكفارة منهية بالتنصيص على إيجادهما قبل التماس ، وهذا كفارة مثلهما فيجب كونه قبل التماس ، وما قدمنا روايته من الحديث المصحح من قوله صلى الله عليه وسلم للذى واقع قبل التكفير « اعتزلها حتى تكفر » مطلق من غير تفصيل فيجب إجراؤه على إطلاقه . لايقال هذا كله يتراءى أنه زيادة على إطلاق النص بالخبر والقياس ، وهو لايجوز ، وذلك لأنه تعالى قيد التحرير بكونه قبل المسيس فقال ـ فتحرير

عليها بالفاء ، وإنما كان ذلك والله أعلم لأن الظهار منكر من القول وزور وليس فيه جهة إباحة فلا يصلح أن يكون سببا للكفارة ، لأن سببها لابد وأن يكون أمرا دائرا بين الحظر والإباحة على ماعرف فى الأصول ، وضم إلى ذلك العود عما قال لكونه بعض المنكر وهو حسن ، ومع ذلك فليس بسبب مستقر لها حتى لو عاد بالعزم على الوطء ثم أبانها أو ماتت لم تلزمه الكفارة ، ولو عاد ثم بدا له أن لايطأها سقطت . فإن قيل : لو كان للعود مدخل فى السببية لما جاز أداء الكفارة بعد الظهار قبل العود حقيقة لأن تقدم الحكم على السبب لايجوز وهو جائز ؟ فالجواب أن المراد بالعود حقيقة إن كان الفعل فهو ليس بسبب وإن كان هو العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة عليه . نعم يجب تقديم الكفارة على الفعل لأنها شرعت إنهاء للحرمة الثابتة بالظهار ، ولا يمكن إيقاع الفعل حلالا إلا بعد إنهاء الحرمة بالكفارة فوجب التعجيل على الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة ، وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة ، وما فى الكتاب ظاهر . والمراد بقوله (عتق رقبة) إعتاق رقبة ، فإن العتق قد لاينوب عن الكفارة ؛ ألا ترى أنه لو ورث أباه ونوى الكفارة لايخرج عن عهدتها . وقوله (من كل وجه) متعلق بالمرقوق دون المملوك لأن الكمال فى الرق شرط دون الملك ولهذا لو أعتق المكاتب الذى لم يؤد شيئا صح عن الكفارة ، ولو أعتق المدبر عنها لم يصح . واعترض على المصنف من وجهين : أحدهما أنه لم يسمع عن أئمة اللغة رقه حتى يشتق منه المرقوق ، وإنما يقال رق فلان : إذا صار رقيقا : أى عبدا . وأجيب عنه بأن الأزهرى حكى عن ابن السكيت أنه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة . والثانى أن تذكير الذات لايجوز ، فالصواب ذات مرقوقة

(قال المصنف للنص الوارد فيه) أقول : أى فى الظهار أو الكفارة بتأويل التكفير أو ترتيب الكفارة المعلوم من السياق (قال المصنف وكذا فى الإطعام) أقول : بدلالة النص على ما قرره المصنف فليتأمل فإنه سيجىء من المصنف فى تعليل جواز قربان المظاهر منها فى أثناء الإطعام مايخالفه (قال المصنف : فلا بد من تقديمها على الوطء) أقول : وهذا على سبيل الاستحباب ، حتى لو جامع فى خلال الإطعام لايلزمه الاستئناف كذا فى شراح تاج الشريعة وفيه مافيه (قوله وأجيب عنه بأن الأزهرى حكى عن ابن السكيت أنه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة) أقول : فى المغرب ، وأما ذات مرقوقة أو عبد مرقوق كما حكى ابن السكيت فوجهه أن يكون من رق له إذا رحمه وهو مرقوق له ثم حذفت الصلة كما فى المندوب والمأذون آخر ماقال .

والشافعى يخالفنا فى الكافرة ويقول : الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفه إلى عدو الله كالزكاة ، ونحن نقول : المنصوص عليه إعتاق الرقبة وقد تحقق ، وقصده من الإعتاق التمكن من الطاعة ثم مقارفته المعصية يحال به إلى سوء اختياره

رقبة من قبل أن يتماسا ـ ثم أعاد القيد المذكور مع الصيام فقال ـ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ثم أطلق الإطعام عنه بقوله تعالى ـ فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ـ فلو أريد التقييد فى الإطعام لذكر كما ذكر فيهما بل تخصيصه بالإطلاق بعد مانص على تكرير القيد مع التخصيص غير مكتفى به لتقييده فى التحرير قرينة على قصد الإطلاق فيه ، وما قيل ذكره مرتين تنبيه على إرادة تكرره مطلقا إذ هو دفع لتوهمها اختصاصه بالخصلة الأولى لو اقتصر عليه معها ولتوهم اختصاصه بالأخيرة لو اقتصر عليه معها والتطويل لو أعاد معها بعدهما فكلامه غير جار على قوانين الاستدلال بل هو تحسين ، ثم هو معارض بما قلنا من أن تخصيصه بالإطلاق بعد تكرير القيد مع أخويه ظاهر فى إرادة انفراده عنهما بمعنى الإطلاق فلا يتخرج على القواعد إلا إن تحقق فيه إجماع فى عصر من الأعصار ، والثابت فيه الآن قولان عن الشافعى وروايتان عن أحمد : لأنا نقول الثابت بالنص افتراض الإطعام شرطا لحل المظاهر منها مطلقا وقد جرينا على موجب ذلك ، ونحن لم نقيد اشتراطه للحل بكونه قبل المسيس فيكون زيادة بل أوجبنا ذلك بخبر الواحد والإلحاق بالخصلتين فى وجوب التقديم لا فى اشتراطه للحل ، والأصل وإن كان الافتراض فالمتعدى إلى الفرع منه الوجوب . لايقال حينئذ يختلف الحكم فى الأصل والفرع لأنا نقول : الوصف الذى زاد به الفرض على الوجوب ليس من الحكم فإن الحكم هو الإيجاب ، غير أنه إن كان ثبوته قطعيا سمى فرضا ، وليس كيفية الثبوت جزء ماهية الحكم بل جزء مفهوم لفظ الفرض فتأمل ، وعما قلنا من عدم اشتراطه للحل واعتبار الإطلاق فى ذلك قال أبو حنيفة فيمن قرب التى ظاهر منها فى خلال الصوم يستأنف ، ولو قربها فى خلال الإطعام لايستأنف ، لأن الله تعالى قيد الصيام بكونه قبل التماس وأطلق فى الإطعام ، ولا يحمل الإطعام على الصيام لأنهما حكمان مختلفان وإن اتحدت الحادثة (قوله من كل وجه) متصل بالمرقوقة فلذا لو أعتق أم ولده ومدبره لايجزيه عنها ، بخلاف المكاتب الذى لم يؤد شيئا وعن ذلك يصح إعتاق الرضيع لصدق الاسم عليه (قوله والكفارة حق الله تعالى) المشهور بناء الخلاف على أن المطلق هل يحمل على المقيد أولا ؟ فعنده نعم وعندنا لا ، إلا فى حكم واحد فى حادثة واحدة لأنه حينئذ يلزم ذلك لزوما عقليا ، إذ الشىء لايكون نفسه مطلوبا إدخاله فى الوجود مطلقا ومقيدا كالصوم فى كفارة اليمين ، ورد مطلقا ومقيدا بالتتابع فى القراءة المشهورة التى تجوز الزيادة بمثلها وللكلام فى تحقيق هذا الأصل فن غير هذا ، ولو تنزلنا إلى أصلها لم يلزم من التصديق فى كفارة الأمر الأعظم وهو القتل ثبوت مثله فيما هو أخف منه ليكون التقييد فيه بيانا فى المطلق . وتقريرما فى الكتاب أن الكفارة وهى الإعتاق حق الله تعالى فلا يجوز صرفها إلى عدو الله ، إذ الإعتاق يتعلق به ويتحقق أثره له وهو العتق كالزكاة . والجواب أن هذا لايعارض

مملوكة . وأجيب بأن الذات تستعمل استعمال النفس والشىء فتذكيره باعتبار المعنى الثانى . وقوله (والشافعى يخالفنا) أى لايجوز إعتاق الرقبة الكافرة فى الكفارة (لأن الكفارة حق الله تعالى وحق الله لايجوز صرفه إلى عدو الله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه إعتاق الرقبة وقد تحقق) وقوله (وقصده من الإعتاق التمكن من الطاعة) جواب عن قوله الكفارة حق الله تعالى . وتقريره أن قصد المكفر بالإعتاق هو أن يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى (ثم مقارفته المعصية) أى بقاؤه على ما كان عليه من الكفر (يحال به إلى سوء) اعتقاده و(اختياره)

(ولا تجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين) لأن الفائت جنس المنفعة وهو البصر أو البطش أو المشى وهو المانع ، أما إذا اختلت المنفعة فهو غير مانع ، حتى يجوز العوراء ومقطوعة إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف لأنه ما فات جنس المنفعة بل اختلت ، بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشى إذ هو عليه متعذر ، ويجوز الأصم . والقياس أن لا يجوز وهو رواية النوادر ، لأن الفائت جنس المنفعة ، إلا أنا استحسنا الجواز لأن أصل المنفعة باق ، فإنه إذا صيح عليه سمع حتى لو كان بحال لا يسمع أصلا بأن ولد أصم وهو الأخرس لا يجزيه (ولا يجوز مقطوع إبهامى اليدين) لأن قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة (ولا يجوز المجنون الذى لا يعقل) لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل

إطلاق النص إلا إذا كان مانعا عقليا منه ، وليس كذلك لجواز أن يأذن الله تعالى فى الإحسان والتمليك تصدقا على الكافر بالأمور الدنيوية ، وقد ثبت ذلك على ما قدمناه فى كتاب الزكاة ، قال صلى الله عليه وسلم « تصدقوا على أهل الأديان » والاتفاق على جواز الصدقة النافلة عليه مع أن المقصود منها التقرب إلى الله تعالى ، فلولا أن مقصود القربة إلى الله تعالى يحصل بذلك لم تشرع أصلا ، ولا يزيد الفرض على كونه قربة إليه تعالى إلا بكونه مأمورا به ، ولا يظهر لوصف المأمورية أثر فى منافاة كون محله كافرا بعد ما ثبت أنه لا ينافى معنى القربة ، ولولا النص الذى يخص الزكاة لقلنا بجواز دفعها لفقراء أهل الذمة ، وهذا لأن التقرب بفعل الفاعل يحصل لا بخصوص محل فعله ، وهو إنما يعتقه لتمكنه من الطاعات بالإسلام شكرا لله تعالى على ما أنعم عليه من تخليصه من رقبة الرق لا لغير ذلك ، ثم افتراقه هو الكفر لسوء اختيار منه على نفسه ، فظهر ثبوت معنى التقرب بإعتاقه . هذا ويدخل فى الكافرة المرتد والمرتدة ، ولا خلاف فى إعتاق المرتدة لأنها لا تقتل ، وإعتاق العبد الحربى فى دار الحرب لا يجزيه عن الكفارة ، وإعتاق المستأمن يجزيه (قوله ولا تجزئ العمياء الخ) الأصل أن يكون المعتق كامل الرق مقرونا

ولقائل أن يقول : مقارفته المعصية يحال به إلى سوء اختياره ، لكن لم لا يكون تصور ذلك منه مانعا عن الصرف إليه كما فى الزكاة ؟ والجواب أن القياس جواز صرف الزكاة إليه أيضا لأن فيه مواساة عباد الله ، لكن قوله صلى الله عليه وسلم « خذها من أغنيائهم وردها على فقرائهم » أخرجهم عن المصرف . قال (ولا تجزى العمياء) أى لا يجوز إعتاق الرقبة العمياء ذكرا كان أو أنثى ، وكلامه ظاهر ، والضابط فى تخريج ما يجوز به الإعتاق عن الكفارة وما لا يجوز هو أنه متى أعتق رقبة كاملة الرق فى ملكه مقرونا بنية الكفارة وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها ، وإن لم يكن كذلك لم يجز . فقوله رقبة احتراز عما إذا أعتق نصف رقبة فجامعها ثم أعتق النصف الآخر لم يجز ، وإن أعتق النصف الآخر قبل الجماع جاز . وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم . وقوله مقرونا بنية الكفارة احتراز عما إذا أعتق عبده ولم ينو عن الكفارة فإنه لا يقع عنها ، وإن نوى عنها بعد الإعتاق لا يجوز أيضا . وقوله وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها قائم احتراز عن مقطوع اليدين أو الرجلين وما يماثل ذلك . وقوله بلا بدل احتراز عما إذا أعتق عبده على بدل ، فإنه لا يقع عن الكفارة . وإنما كان فوت جنس المنفعة مانعا لأن الشخص يصير فى ذلك الجنس كالهالك لأن قيام الشخص بمنافعه . وقوله (ويجوز الأصم) واضح . وقوله (لأن قوة البطش بهما) يفيد أن ما يزول به تلك القوة كان مانعا فقطع أكثر أصابع كل يد كقطع جميعها

(قوله لكن قوله صلى الله عليه وسلم خذها الخ) أقول : ولعل هذا خبر مشهور يجوز به الزيادة على الكتاب (قوله ثم أعتق النصف الآخر لم يجز) أقول : حق العبارة فإنه لا يجوز (قوله كما تقدم) أقول : فى أول الصحيفة .

فكان فائت المنافع (والذى يجن ويفيق يجزيه) لأن الاختلال غير مانع ، ولا يجزئ عتق المدبر وأم الولد لاستحقاقهما الحرية بجهةفكان الرق فيهما ناقصا،وكذا المكاتبالذى أدى بعض المال لأن إعتاقه يكون ببدل . وعن أبى حنيفة أنه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ، ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ ، بخلاف أمومية الولد والتدبير لأنهما لايحتملان الانفساخ ، فإن أعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعى . له أنه استحق الحرية بجهة الكتابة فأشبه المدبر . ولنا أن الرق قائم من كل وجه على مابينا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد مابقى عليه

بالنية ، وجنس مايبتغى من المنافع بلا بدل ، فظهر أن اختلال جنس المنفعة لايضر ولا ثبوت العيب ، وهذا لأن بفوات الجنس المنفعة تصير الرقبة فائتة من وجه بخلاف نقصانها ، ولم يعتبروا فوات الزينة على الكمال مع أنهم اعتبروه فى الديات فألزموا بقطع الأذنين الشاخصتين تمام الدية ، وجوّزوا هنا عتق مقطوعهما إذا كان السمع باقيا ، ومثله فيمن حلقت لحيته فلم تنبت لفساد المنبت ، وما عللوا به فى جعل العنين والخصى والمجبوب من الفائت منفعة النسل وهو زائد على مايطلب من المماليك يعلل به فى فوات الزينة على الكمال ، لأن باعتبار ذلك لايصير المرقوق هالكا من وجه بل الحر ، فعن هذا افترق الحال بين الإعتاق والدية فيه ، وتجوز الرتقاء والقرناء والعوراء والعمشاء والغشواء والبرصاء والرمداء والخنثى ، لامقطوع اليدين أو الرجلين أو إحدى كل من اليدين والرجلين من جهة واحدة ، ويجوز من خلاف . أما مقطوع إبهامى اليدين فلما فى الكتاب ، ومثله مقطوع ثلاث أصابع غير الإبهامين من كل يد لأن الأكثر كالكل ويجوز مقطوع إصبعين غير الإبهام من كل يد لاساقط الأسنان العاجز عن الأكل ، ولا يجوز المجنون المطبق لأن المنافع كلها فى حقه فائتة لأن الانتفاع بها إنما هو بالعقل وأما الذى يجنّ ويفيق فيجزى عتقه أطلقه فى الهداية والمراد إذا أعتقه فى حال إفاقته وفى الأصم روايتان ، وماذكر فى الهداية يؤخذ منه التوفيق بين الروايتين ، فمحمل رواية النوادر: الأصم الذى ولد أصم وهو الأخرس فإنه لايسمع أصلا ولا يتكلم ، ومحمل ظاهر الرواية الذى إذا صيّح عليه يسمع . وروى إبراهيم عن محمد : إذا أعتق عبدا حلال الدم قضى بدمه عن ظهاره ثم عفى عنه لم يجز . وفى التجنيس: من علامة عيون المسائل إذا أعتق عبدا مريضا عن ظهاره إن كان يرجى ويخاف عليه يجوز ، وإن كان لايرجى لايجوز لأنه ميت معنى هذا وقد منع فوات لزوم جنس المنفعة بقطع الإبهامين بل اللازم اختلالها ولو لزم ذلك لوجب بقطعهما دية كاملة ، لكن الشارع لم يعتبرهما إلا كغيرهما من الأصابع ، وأيضا رتب على الدليل نتيجة لايستلزمها ، وذلك أن فوات قوة البطش ليست لازمة ولاعنه فوات جنس المنفعة بل ضعفها (ولا يجوز عتق المدبر وأم الولد) ويجوز إعتاق المكاتب الذى لم يؤد شيئا لا الذى أدى بعض الكتابة والشافعى منعه ، وألحق المكاتب بالمدبر وأم الولد بجامع أنه استحق العتق بجهة الكتابة فأشبه المدبر وأم الولد فنقص الرق فيه كما نقص فيهما بل هو أولى بعدم الإجزاء منهما ، فإنه لو قال كل مملوك فى حرّ عتق مدبره وأم ولده ، ولا يعتق مكاتبه إلابالنية فدل أنه أنقص رقا منهما وبهذا يبطل قولكم الكتابة إنما

وقوله (والذى يجن ويفيق يجزيه) يعنى إذا أعتقه فى حال إفاقته (ولا يجزئ عتق المدبر وأم الولد) لأن المنصوص عليه تحرير رقبة مطلقة ، والمطلق ينصرف إلى الكامل ، ورقبة المدبروأم الولد ليست بكاملة(لاستحقاقهما جهة الحرية فكان الرق ناقصا) فإنه إذا ثبت فيه شىء من القوة الحكمية زال فى مقابلته شىء من الضعف الحكمى. وقوله (فأشبه المدبر) استدلال بما لا يقول به ، فإن بيع المدبر وإعتاقه عن الكفارة عند الشافعى جائز فكان هذا احتجاجا علينا بمذهبنا . وقوله (على مابينا) إشارة إلى قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ . وقوله صلى الله عليه وسلم

درهم » والكتابة لاتنافيه فإنه فك الحجر بمنزلة الإذن فى التجارة إلا أنه بعوض فيلزم من جانبه، ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الإعتاق إذ هو يحتمله ، إلا أنه تسلم له الأكساب والأولاد لأن العتق فى حق المحل

اقتضت فك الحجر لاغير كالإذن فى التجارة ، ولو صح ذلك لاستبد المولى بفسخها كالمنع من التجارة ، وهذا كله على وجه الإلزام لنا فى المدبر ، فإن عنده بيع المدبر وإعتاقه جائز ، وهو مذهب أحمد بناء على جواز بيعه عندهما خلافا لنا ، وفى أم الولد على وجه الإثبات لنفسه ، ونحن نمنع أن استحقاق العتق بجهة تقبل الفسخ على تقدير تحققها يوجب نقصان الرق ، فإن ذلك معنى التعليق وهو الحاصل هنا ، فإن حاصل الكتابة تعليق العتق بالأداء ، ولو علق بسائر الشروط لم يلزم نقصان الرق فهذا أولى لأن سائر التعليقات لاتحتمل الانفساخ بخلاف هذا ، ولولا ثبوت النص المفيد لامتناع بيع المدبر وأم الولد لم يتبين نقصان الرق فيهما لأن الحاصل فيهما أيضا تعليق العتق بموت السيد ، ولو تمكن نقصان فى رقه لما تصور فسخه وإعادته إلى الحالة الأولى ، لأن نقصان الرق بثبوت العتق بقدره وثبوته من وجه لايحتمل الزوال كثبوته من كل وجه ، وهذا ما يقال حق العتق كحقيقته ، وهذا هو الثابت فى المدبر وأم الولد لثبوت العتق فى حقهما بجهة لازمة ، فظهر أن الكتابة إنما أوجبت فك الحجر فى المكاسب ، وذا لايمكن نقصانا فى الرق إذ المكاسب غير الرقبة ، وبه يعلم أن قوله صلى الله عليه وسلم « المكاتب عبد مابقى عليه من كتابته شىء » رواه أبو داود ، المراد به كامل فى العبودية والرق ، وإنما يستبد المولى بفسخه لأنه يبدل فانعقد لازما على المولى ، بخلاف الإذن فى التجارة لأنه فك بلا بدل وعدم عتق المكاتب فى كل مملوك له حر لنقصان الملك فيه فلا يدخل إلا بالنية ، لكن نقصان الملك لايستلزم نقصان الرق لأن محل الملك أعم من محل الرق ؛ ألا يرى أن الملك يثبت فيما لايتصور ثبوت الرق فيه كالأمتعة ، والحيوان غير الآدمى ، فى العبد رق فى رقبته وملك يحاذيه فيها ويتعدى إلى غيرها من منافعه وأكسابه والكتابة أوجبت الفك فى حق مايزيد على الرقبة وهو محل الملك لا الرق فنقص بها الملك لاالرق ، ولكن العتق إنما يعتمد الرق لأنه لو دار مع الملك ثبت فى غير الآدمى أيضا فكان حينئذ كشرع السائبة ولا موجب لنقصانه فيبقى على ماكان عليه لعدم المزحزح (قوله إلا أنه يسلم له الأكساب الخ) جواب عما قد يقال عتقه حيث وقع إنما يقع شرعا بجهة الكتابة وإن عين السيد جهة التكفير بدليل أنه يسلم له الأكساب والأولاد ، فعلم أنه بجهة الكتابة أجاب بوجهين : الأول أن العتق فى المكاتب واحد ،

« المكاتب عبد مابقى عليه درهم » رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم . وقوله (والكتابة لاتنافيه) دليل آخر . وتقريره المكاتب رقيق قبل الكتابة لامحالة ، ولم يزل رقه بها لأن الشىء لايزول إلا بمنافيه ، والكتابة لاتنافى الرق (فإنه) أى عقد الكتابة أوذكره باعتبار الخبر (فك الحجر) إذ لم يملك به المكاتب إلا المنافع والأكساب كالإعارة والإجارة ، وفك الحجر لاينافى ملك الرقبة كالإذن فى التجارة . فإن قيل : لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الإذن فى التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما فى عزل المأذون . أجاب بقوله إلا أنه : أى عقد الكتابة فك الحجر بعوض فكان لازما من جانبه : أى من جانب المولى . وقوله (ولو كان مانعا) جواب بطريق التنزل : يعنى لو سلمنا أن عقد الكتابة مانع عن الإعتاق عن الكفارة ، لكنه إذا أعتقه عن الكفارة (ينفسخ) قبل الإعتاق (مقتضى الإعتاق إذ هو) أى عقد الكتابة (يحتمل الفسخ) فإن قيل : لو صح إعتاقه تكفيرا وانفسخ عقد الكتابة مقتضى الإعتاق لسلم الأولاد والأكساب للمولى ، كما إذا أعتق عبده المأذون بجهة التكفير وله أكساب أجاب بقوله (إلا أنه يسلم له) أى للمكاتب (الأكساب والأولاد لأن العتق فى حق المحل)

بجهة الكتابة ، أو لأن الفسخ ضرورى لايظهر فى حق الولد والكسب (وإن اشترى أباه أو ابنه ينوى بالشراء الكفارة جاز عنها) وقال الشافعى : لايجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك فى كتاب الأيمان إن شاء الله ،وإن أعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند أبى حنيفة ويجوز عندهما

والإعتاق من جانب المولى تختلف جهاته ، ففيا يرجع إلى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا ، وفيا يرجع إلى المولى جعل إعتاقا بجهة الكفارة لأنه قصد ذلك ، وهو كالمرأة إذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشىء وجعل هبتها فى حق الزوج تحصيلا لمقصود الزوج عند الطلاق ، وفى حقها يجعل تمليكا بهبة مبتدأة ، وحقيقة الجامع بينهما إذا حصل عين المقصود فلا يبالى باختلاف السبب ، فى مسئلة الزوج نفس حقه ليس إلا براءة ذمته عن نصف الصداق وقد حصل فلا يبالى بكونه عن سبب آخر غير الطلاق ، وكذلك هنا عين حق المكاتب ليس إلا عتقه عند الأداء وقد حصل عينه . الثانى انفساخ الكتابة ضرورى ، إذ هو ضرورة تصحيح عتقه عن الكفارة لأنه تصرف من عاقل مسلم فيما فيه مانع يحتمل الفسخ ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فيظهر فى حق جواز التحرير للتكفير لا فى حق الأكساب والأولاد لأنه لادلالة على الرضا فيهما فيعتق فى حقهما مكاتبا فتسلم له ، ولا يلزم من كونه عتق مكاتبا كون عتقه بجهة الكتابة وإلا لتقرر بدل الكتابة إذ تسليم المبدل يوجب تقرر البدل (قوله وإن اشترى أباه أو ابنه ينوى بالشراء الكفارة جاز عنها) هذا فى الشراء ، أما لو ورث أحدهما فنوى الكفارة فقد قدمناه ، ولو وهب له أو أوصى له صح . الحاصل أنه إذا دخل فى ملكه بصنع منه إن نوى عند صنعه أن يكون عتقه عن الكفارة أجزأه وإلا فلا ، ولو قال إن دخلت الدار فأنت حر ، ونوى كون العتق وقت دخوله عن الكفارة لايجوز ، ولو نواه وقت اليمين جاز (قوله وضمن قيمة باقيه) يعنى أعتق ذلك الباقى أيضا (لم يجز عند أبىحنيفة وعندهما يجوز) بناء على تجزئ الإعتاق وعدمه عندهما لايتجزأ ، فإعتاق نصفه إعتاق كله ، غير أن المعتق إن كان موسرا ضمن نصيب شريكه ويملكه فصار معتقا كله عن الكفارة وهو ملكه ، ولا سعاية على العبد حتى يكون إعتاقا بعوض ،

يعنى المكاتب (بجهة الكتابة) وإذا كان كذلك لايخرج الأكساب والأولاد عن ملكه كما لو عتق بأداء بدل الكتابة ، وهذا لأن الفسخ لا يصح إلا برضا المكاتب ولم يوجد منه صريحا فيقدر دلالة ، والدلالة إنما تتحقق إذا سلمت له الأكساب والأولاد ، فجعل العتق بجهة الكتابة لأنه لايختلف لافىذاته ولا باختلاف الجهات ، وجعل الإعتاق للتكفير لأن المولى قصده ، وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين (أو لأن الفسخ ثبت ضرورة صحة الإعتاق) فلا يظهر فى حق الأولاد والأكساب . وقوله (وإن اشترى أباه أو ابنه) واضح .

(قوله وهذا لأن الفسخ لايصح إلا برضا المكاتب الخ) أقول : فصار لهذا العتق سببان : إعتاق مقيد من المولى ، وعقد الكتابة . وحق العبد فى أن لايبطل ماثبت بهذا العقد وقد حصل حكم العلة وهو العتق وهوغير منجز فيضاف إلى كل واحد من السببين كملا كان ليس معه غيره ، كواحد قتل جماعة فإنه يقتل بهم ويصير كل واحد مستوفيا حقه بصفة الكمال (قوله فجعل العتق بجهة الكتابة لأنه لايختلف) أقول : ضمير لأنه راجع إلى العتق (قوله وجعل الإعتاق للتكفير) أقول : كيف يجعل عتقه بجهة الكتابة وهو معلق بأداء البدل والمفروض أنه لم يؤد شيئا والتعويل عندى على الجواب الثانى ، ومحصوله الفرق بين عتقه وهو مكاتب وعتقه بجهة الكتابة ، والثابت هنا هو الأول فإنها لم تنفسخ فى حق الأولاد والأكساب ، وعليك بمراجعة سائر الشروح تزدك بصيرة فيما قلنا (قوله وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين) أقول : قوله هو راجع إلى الإعتاق ، وقوله نظرا تعليل لقوله وجعل الإعتاق ولقوله فجعل العتق الخ

لأنه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه ، بخلاف ما إذا كان المعتق معسرا لأنه وجب عليه السعاية فى نصيب الشريك فيكون إعتاقا بعوض . ولأبى حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول إليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة (فإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه عنها جاز) لأنه أعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع ، كمن أضجع شاة للأضحية فأصاب السكين عينها ، بخلاف ماتقدم لأن النقصان تمكن على ملك الشريك

ولو كان المعتق معسرا لايجوز بالاتفاق لأن على العبد السعاية عندهما فيكون عتقا ببدل ، وإن لم يكن ذلك البدل حاصلا للمعتق بل هو للشريك المقصود أنه لزم العبد بدل فى مقابلة تحرير رقبته . وعنده يتجزأ فإنما أعتق نصيبه فى الابتداء ونصف الرقبة ليس رقبة وقد تمكن النقصان فى الرق فى النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه فصار كأم الولد بل أشد لأن عتقها متعلق بالموت ، بخلاف هذا ، وهذا النقصان وقع فى ملك شريكه ثم بالضمان ملكه ناقصا ، ومثله يمنع التكفير فصار كالتدبير كأنه أعتق عبدا إلا شيئا منه ، بخلاف المسئلة التى بعد هذه فإنه أعتق نصفه ثم نصفه بعد كون الكل على ملكه فتمكن النقصان على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة فيجوز ، كمن أضجع شاة ليذبحها أضحية فأصابت السكين عينها فاعورت . فإن قيل : الملك فى المضمون يثبت مستندا إلى وقت وجود السبب وبه يظهر أن نصيب الساكت ملك للمعتق زمان الإعتاق وهو إذ ذاك لانقصان فيه . قلنا : الملك إنما يثبت مستندا فى حق الضامن والمضمون له لا فى حق غيرهما فيتمكن النقصان فى نصيب الساكت فى حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم تجز ، ولا يخفى أن التعيب ضرورة إقامة المأمور به ليس كالتعييب بصنعه مختارا ، حتى أنه لو فقأ عين الشاة مختارا عند الذبح نقول لايجزيه ، فكان المشترك أولى بالإجزاء من العبد المختص ، لأن مالك

(وقوله بخلاف ماإذا كان المعتق معسرا) يعنى أنه لايجوز عن الكفارة بالاتفاق . فإن قيل : يجب أن يقع عن الكفارة عندهما وإن كان المعتق معسرا لأنه يصير حرا مديونا بناء على أن الإعتاق عندهما لايتجزأ . أجيب بأنه إنما لم يجز لأن وجوب هذا الدين بسبب الإعتاق فلا يكون العتق مجانا فلا يقع عن الكفارة (ولأبى حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه) لتعذر استدامة الملك فيه (ثم يتحول إليه بالضمان) مابقى منه فكان فى المعنى إعتاق عبدا إلا شيئا ، ومثله يمنع الكفارة . فان قيل : المضمونات تملك بأداء الضمان بصفة الاستناد إلى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الإعتاق وكان النقصان فى ملكه لا فى ملك شريكه ومثله لايمنع الكفارة على مانذكره فيما يليه . أجيب بأن الملك فى المضمون يثبت بصفة الاستناد فى حق الضامن والمضمون له لا فى حق غيرهما على ماعرف فى كتاب الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت الملك فى حقها مستندا ويلزم النقصان المانع (فإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه جاز لأنه أعتقه بكلامين) فلا محظور فيه . فإن قيل : قد تمكن فيه النقصان لما مر والنقصان مانع . أجاب بقوله والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة ، فإنه أعتق النصف وبعض النصف الآخر ثم أعتق مابقى ومثله غير مانع ، كمن أضجع شاة للأضحية فأصاب السكين عينها فإن النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع ، فكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة ، بخلاف ماتقدم لأن النقصان تمكن على ملك الشريك حيث لايمكن أن يجعل النقصان الحاصل فى النصف الباقى مصروفا إلى الكفارة لانعدام الملك له فى ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة ، فإذا ضمن قيمة النصف الباقى وأعتقه فقد صرفه إلى الكفارة وهو ناقص وصار فى الحاصل كأنه أعتق عبدا إلا قدر النقصان .

وهذا على أصل أبى حنيفة . أما عندهما فالإعتاق لايتجزأ ، فإعتاق النصف إعتاق الكل فلا يكون إعتاقا بكلامين (وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التى ظاهر منها ثم أعتق باقيه لم يجز عند أبى حنيفة) لأن الإعتاق يتجزأ عنده ، وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص ، وإعتاق النصف حصل بعده ، وعندهما إعتاق النصف إعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس (وإذا لم يجد المظاهر مايعتق

النصف لايقدر على عتقه إلا بطريق عتق نصفه فحاله أشبه بذابح الشاة من مالكه على الكمال . وجوابه أن المعنى أنه حصل بسبب إقامة الواجب ، وهذا القدر كاف فى عدم مانعيته لايتوقف على كونه بحيث لايمكن إقامة الواجب إلا كذلك ، فإن الشارع لما أطلق له العتق بمرة وبمرات كان لازمه أنه إذا حصل النقص بسببه مطلقا لايمنع . وعن هذا بحث بعضهم أنه يجب الإجزاء فى الصورتين ، فإن النقص فى الأول أيضا حصل بسبب العتق كالثانى ، والعمد وعدمه سواء لأنه نقصان حكمى فيستوى فيه العمد والخطأ ، ولأن الملك بالضمان يستند فيظهر ملكه فى الكل عند إعتاق النصف فيكون كالصورة الثانية . وأجاب عن قولهم إنما يستند فى حق الضامن والمضمون له دون الكفارة بأن النقص لما كان حكميا فسواء وجد فى ملكه بين إعتاق نصفه وإعتاق باقيه أو فى ملك غيره بين الإعتاقين ، لأنه لو كان ينافى كمال الرقبة منع مطلقا . وجوابه أن منافاة الكمال لاتستلزم منافاة الإجزاء إلا إذا كان فى غير ملكه لأنه أهدر لحصوله بسبب إقامة الواجب ، غير أنه إذا وقع فى ملك غيره وضمنه كان مشتريا الناقص رقا معنى فعتقه عن الكفارة ، بخلاف ما إذا وقع فى ملكه حيث يتحقق فيه الإهدار دون الشراء معنى لناقص الرق ثم إعتاقه ، فحيث أهدر كان كأنه أعتق نصفه وبعض النصف الآخر ثم أعتق باقيه ، بخلاف الأول لايمكن جعل النقصان فى ذلك النصف مضافا إلى الكفارة لعدم ملكه لذلك النصف فبطل قدر النقصان إذا كان فى ملك غيره فلم يقع عن الكفارة (قوله وإعتاق النصف حصل بعده) فإن قيل : كل إعتاق بعد هذا وإن كان إعتاق عبد كامل فهو بعد المسيس ، فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعا من الإجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقبة كاملة بعده أيضا . قلنا إنما يجوز لأنه إعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثانى ، وبطل إعتاق ذلك النصف لأن الشرط للحل مطلقا إعتاق كل الرقبة قبل المسيس ولم يوجد فتقرر الإثم بذلك المسيس ، ثم لم يكن اعتبار ذلك النصف من الشرط حتى يكفى معه عتق النصف لأن المجموع حينئذ ليس قبل المسيس فليس هو الشرط فتبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت إلى أن يوجد الشرط وهو عتق مجموع بجميع رقبة (قوله وإذا لم يجد المظاهر مايعتق الخ) فى الخزانة : لايصوم من له خادم ، بخلاف المسكن . وقال الشافعى والليث : يجوز الصوم مع وجود الخادم ،

وقوله (وهذا) أى جعله إعتاقا بكلامين (على أصل أبى حنيفة) فى تجزى الإعتاق (أما عندهما فالإعتاق لايتجزأ ، فإعتاق النصف إعتاق للكل فلا يكون إعتاقا بكلامين) وعلى هذا مبنى المسئلة التى تليها وهى ظاهرة ، إلا أنه اعترض على قوله وإعتاق النصف حصل بعده بأن أى إعتاق وجد بعد هذا وإن كان كاملا فهو إعتاق بعد المسيس فينبغى أن لايجوز عن الكفارة . وأجيب بأنه إنما يجوز لأنه إعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثانى فصار إعتاق نصف العبد كأن لم يكن ، وكأنه قد جامع قبل الكفارة فيجب أن لايعاود حتى يكفر وقد تقدم ذلك . قال (وإذا لم يجد المظاهر مايعتق) إذا لم يجد المظاهر رقبة ولا ثمنها يصوم شهرين متتابعين ؛ فإن صام بالأهلة جاز ،

(قوله بأن أى إعتاق إلى قوله : فهو إعتاق الخ) أقول : قوله أى إعتاق اسم إن ، وقوله فهو إعتاق خبر إن .

فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما. شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق) أما التتابع فلأنه منصوص عليه وشهر رمضان لايقع عن الظهار لما فيه من إبطال ما أوجبه الله والصوم فى هذه الأيام منهى عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل (فإن جامع التى ظاهر منها فى خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبى حنيفة ومحمد) وقال أبو يوسف : لايستأنف لأنه لايمنع التتابع ، إذ لايفسد به الصوم وهو الشرط ، وإن كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا إليه تقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه. ولهما أن الشرط فى الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خاليا عنه ضرورة بالنص ،

واعتباره بالماء المعد للعطش . والفرق عندنا أن الماء مأمور بإمساكه لعطشه واستعماله محظور عليه بخلاف الخادم ، كذا ذكره الرازى فى أحكام القرآن . ويرد عليه المسكن . وجوابه أنه بمنزلة لباسه ولباس أهله ، بخلاف الخادم . وفى الإسبيجابى : يعتبر الإعسار واليسار وقت التكفير : أى الأداء ، وبه قال مالك . وقال أحمد والظاهرية : وقت الوجوب . وللشافعى أقوال كالقولين . وثالثها يعتبر أغلظ الحالين (قوله فكفارته صوم شهرين) إن صامهما بالأهلة أجزأه وإن كانتا ثمانية وخمسين يوما ، وإن صامهما بغيرها فلا بد من ستين يوما حتى لو أفطر صبيحة تسعة وخمسين وجب عليه الاستئناف (قوله فإن جامع التى ظاهر منها) كونها المظاهر منها قيد فى لزوم الاستقبال على قول أبى حنيفة رضى الله عنه ، فإنه لو جامع زوجته الأخرى ناسيا لايستأنف عنده أيضا ، كما لو أكل ناسيا لأن حرمة الأكل والجماع للصوم لئلا ينقطع التتابع ولا ينقطع بالنسيان بالنص فلا يوجب الاستقبال ، بخلاف حرمة جماع التى ظاهر منها فإنه ليس للصوم بل لوقوعه قبل الكفارة وتقدمها على المسيس شرط حلها ، فبالجماع ناسيا فى أثنائه يبطل حكم الصوم المتقدم فى حق الكفارة على وزان ماقلنا فى الجماع بعد عتق نصف.

وإن كان كل شهر تسعة وعشرين يوما ، وإن صام لغير الأهلة فأفطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه أن يستقبل ، وكذا إن أدخل فى صيامه شهر رمضان أو يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق لما ذكره فى الكتاب وهو واضح (فإن جامع التى ظاهر منها فى خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهارا ناسيا استأنف الصوم عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : لايستأنف) وإنما قيده بالتى ظاهر منها لأنه إذا جامع غيرها فإن كان وطأ يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامدا قطع التتابع فيلزمه الاستئناف بالاتفاق ، وإن لم يفسده بأن وطئها بالنهار ناسيا أو بالليل كيفما كان لم يقطع التتابع فلا يلزمه الاستئناف بالاتفاق ، وإنما قيد فى جماع التى ظاهر منها بالنهار ناسيا لأنه إذا جامعها فيه عامدا يستأنف بالاتفاق ، وأما ذكر العمد فيه فى الليل فقد وقع اتفاقا لأن العمد والنسيان فى الوطء بالليل سواء ، فعرف أن الاختلاف فى وطء لايفسد الصوم . لأبى يوسف أن هذا وطء لايفسد به الصوم فلا يقطع التتابع لأنه لم يزل صائما ، وهو الشرط : أى السبب المعتمد عليه فى كون الصوم كفارة وقد وجد . فإن قيل : تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد أجاب بقوله وإن كان تقديمه على المسيس شرطا فيما ذهبنا إليه تقديم البعض وفيما قلتم يعنى الاستئناف تأخير الكل عنه وتأخير البعض أهون من تأخير الكل (ولهما أن الشرط فى الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خاليا عن المسيس ضرورة بالنص) وهذا يحتمل وجهين : أحدهما أن يكون معناه أن النص يقتضى شرطين : كون الصوم قبل المسيس ، وكون الصوم خاليا عن المسيس .

(قوله قبل المسيس) أقول : أى جنسه (قوله خاليا عن المسيس) أقول : أى جنسه .

وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف (وإن أفطر منها يوما بعذر أو بغير عذر استأنف) لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة ،

العبد لصدق كون المجموع قبل التماس ، وكون السبب النسيان لا أثر له فى نفى هذا الواقع وعدم إفساد الصوم بالنص على خلاف القياس ، وتقييده ليلا بكونه عامدا ليس بقيد بل جماعها ليلا عامدا أو ناسيا سواء. لأن الخلاف فى وطء لا يفسد الصوم (قوله وإن أفطر يوما منها بعذر كمرض أو سفر لزم الاستقبال) بخلاف ما لو أفطرت المرأة للحيض فى كفارة القتل أو الفطر فى رمضان حيث لا تستأنف وتصل قضاءها بعد الحيض . ولو أفطرت يوما قبل القضاء لزمها الاستئناف لأنها لا تجد شهرين ليس فيهما أيام الحيض عادة ووجود شهرين ليس فيهما أيام المرض والسفر ثابت عادة كشهرين ليس فيهما نفاسها فلذا لو نفست فى صوم كفارة الفطر والقتل استقبلت ؛ كما لو

والشرط الثانى من ضرورة الأول لأن تقديمه على المسيس يستلزم خلوّ الصوم عنه (وهذا الشرط) أى الشرط الثانى وهو الخلوّ عنه (ينعدم به) أى بالمسيس فينعدم المشروط ، ويجب الاستئناف ، لأنه إن عجز عن الإتيان قبل المسيس فهو قادر على الإتيان به خاليا عن المسيس ، وإلى هذا يشير كلام عامة الشارحين . والثانى أن يقال قوله وأن يكون خاليا عن ضرورة تفسير الأول بطريق العطف لأن إيقاعه قبل المسيس إخلاؤه عنه بالضرورة وبتخلل الجماع عدم الشرط وصار الصوم كأن لم يكن وقد جامع التى ظاهر منها قبل الكفارة . والحكم فى ذلك الاستغفار وترك العود إلى الكفارة فيلزمه الاستئناف ، وهذا أولى لاشتماله على الجواب عن قوله وإن كان تقديمه على المسيس شرطا الخ . والجواب عن قوله أنه لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع أن عدم الفساد فى النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى إلى قطع التتابع وفى العمد لعدم القائل بالفصل (وإن أفطر يوما منها بعذر) كسفر أو مرض (أو بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة) وهذا احتراز عما إذا أفطرت المرأة فى كفارة القتل أو الإفطار بعذر الحيض فإنها لا تستأنف لأنها معذورة عادة ، إذ لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما . ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم عثر على الإعتاق فى آخر يوم من الشهرين ، فإن كان قبل غروب الشمس وجب عليه العتق وصار صومه تطوعا لاقتداره على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل ، وإن كان بعد

(قوله والشرط الثانى من ضرورة الأول ، إلى قوله : فينعدم المشروط) أقول : كون الثانى من ضرورة الأول لا يقتضى أن لا يوجد الثانى بدونه كما فى اللازم العام (قوله ويجب الاستئناف لأنه إن عجز عن الإتيان به الخ) أقول : وفيه أنه على هذا التقرير لا يوجد أحد شرطى الكفارة فينتفى المشروط أيضا (قوله لأن إيقاعه قبل المسيس إخلاؤه الخ) أقول : إن أراد اتحادهما ذاتا فليس كذلك لعموم الإخلاء ، وإن أراد الاستلزام فلا يفيده . وعندى أن الإخلاء من ضرورة التقديم وأن المراد بالمسيس ما يطلب حله لا جنس المسيس ، ثم لما بدأ المظاهر بالتكفير علم أنه طلب أن يقع كل مسيسه بعده مباحا ، فالذى وقع فى خلاله كان مطلوب الحل بحسب ظاهر حاله من البداءة بالتكفير فلم يخل عنه ولم يوجد الشرط ، وإذا استأنف وأخلى عنه يوجد الشرط بالنسبة إلى ما بعده من المسيس المطلوب حله فليتأمل (قوله وترك العود إلى الكفارة) أقول : قوله إلى الكفارة متعلق بقوله ترك العود (قوله والجواب عن قوله إنه ، إلى قوله : فلا يتعدى إلى قطع التتابع) أقول : لا يقال صحة هذا الكلام تستلزم أن ينقطع التتابع إذا وطئ غير المظاهر منها بالنهار ناسيا أو بالليل كيفما كان ، وقد صرح بخلافه آنفا لأن هذا الكلام وارد سندا لمنع استلزام عدم فساد الصوم انتفاء قطع التتابع ، فلا يصح أن يقال لو صح ، إذ حاصله لم لا يجوز أن يكون من المواضع التى يقتصر فيها النص على مورده لوروده على خلاف القياس فليتأمل .

(وإن ظاهر العبد لم يجز فى الكفارة إلا الصوم) لأنه لاملك له فلم يكن من أهل التكفير بالمال (وإن أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجزه) لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه (وإذا لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستين مسكينا) لقوله تعالى - فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا - (ويطعم كل مسكين نصف صاع من برّ أو صاعا من تمر أو شعير أو قيمة ذلك) لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر :

حاضت فى خلال صوم كفارة اليمين ، فإنها تستقبل لأنها تجد ثلاثة أيام لاحيض فيها (قوله لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه) أوقعه تعليلا لقوله وإن أطعم المولى عنه أو أعتق ، فأفاد أن معناه أنه ملكه وأمره أن يعتق أو يطعم ليكون هو المكفر ، إذ لابد من الاختيار فى أداء ماكلف به ، أومعناه أن العبد أمره ففعل ذلك فإنه يتضمن تمليكه ثم إعتاقه عنه وإطعامه . واعلم أن للسيد أن يمنع عبده من صوم الكفارات إلا كفارة الظهار لأنها يتعلق بها حق الزوجة (قوله وإذا لم يستطع الصيام) أى لمرض لايرجى زواله أو كبر (قوله أو قيمة ذلك) أى من غير مانص عليه ، فلو دفع منصوصا عن منصوص آخر بطريق القيمة لم يجز إلا أن يبلغ المدفوع الكمية المقدرة منه شرعا . مثاله دفع نصف صاع تمر تبلغ قيمته نصف صاع بر أوصاعا من البر أو أقل من نصف صاع برّ عن صاع تمر وقيمته تبلغه لم يجز ، فلو كان التمر صاعا دفعه عن نصف صاع بر جاز . وهذا لأن الاعتبار فى المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه . ولو جاز ذلك فى الاعتبار لزم إبطال التقدير المنصوص عليه فى كل صنف وهو باطل ، ثم إذا فعله فالواجب عليه أن يتم للذين أعطاهم القدر المقدر من ذلك الجنس الذى دفعه لهم ، فإن لم يجدهم بأعيانهم استأنف فى غيرهم . لايقال : لو كسا عشرة مساكين فى كفارة اليمين ثوبا واحدا عن الإطعام جاز عنه إذا كانت قيمة نصيب كل منهم قدر قيمة الإطعام مع أن كلا منهما منصوص عليه . قلنا : المنصوص عليه الكسوة لا الثوب ، غير أنها لاتتحقق إلا بالثوب ، فلما لم يصب كلا ثوب لم يكن فاعلا لهذه الخصلة المنصوصة : أعنى الكسوة أصلا لأنه فاعل لها بطريق القيمة عن منصوص آخر ، إذ لاكسوة إلا بثوب يصير به مكتسيا فيكون فاعلا غير المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص (قوله فى حديث أوس بن الصامت وسهل ابن صخر) وصوابه سلمة بن صخر ، والحديث غريب عنهما . وعند الطبرانى فى حديث أوس بن الصلت قال : « فأطعم ستين مسكينا ثلاثين صاعا ، قال : لا أملك ذلك إلا أن تعينني ، فأعانه النبي صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر

الغروب كان الصوم عن كفارته . قوله (وإن ظاهر العبد) ظاهر . وقوله (أو قيمة ذلك) أى من غير الأعداد المنصوصة مطلقا ، وأما فى الأعداد المنصوصة فلا يجوز أداؤها قيمة إذا كانت أقل قدرا مما قدره الشرع . وإن كانت أكثر من الآخر أو مثله قيمة ، حتى لو أدى نصف صاع من تمر جيد تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لايجوز ، وكذا لو أدى أقل من نصف صاع حنطة تبلغ قيمته صاعا من تمر أو شعير لايجوز ، إذ الأصل فيه أن كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لايكون بدلا عن جنس آخر هو منصوص عليه وإن كان فى القيمة أكثر لأنه لا اعتبار لمعنى النص فى المنصوص عليه ، وإنما الاعتبار له فى غيره . وقوله (فى حديث أوس بن الصامت) هو أخو عبادة بن الصامت ، وأوس هو زوج خولة بنت ثعلبة ، وهى المجادلة التى نزلت فيها آية الظهار وقد تقدم . وأما سهل بن صخر فقد قيل فيه نظر لأن المذكور فى كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا فى المبسوط ،

(قوله أى من غير الأعداد) أقول : مراده المعدودات (قوله فلا يجوز أداؤها قيمة إذا كانت أقل قدرا) أقول : وأما إذا كانت أكثر أو مساوية فيجوز كما يجىء نظيره (قوله تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لايجوز) أقول : قوله لايجوز : يعنى لايجوز فى الأعداد المنصوصة (قوله لأنه لااعتبار لمعنى النص فى المنصوص عليه وإنما لااعتبار له فى غيره) أقول : ضمير له راجع إلى المعنى ، وضمير غيره راجع إلى المنصوص

«لكل مسكين نصف صاع من برّ» ولأن المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر ، وقوله أوقيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه فى الزكاة (فإن أعطى منا من برّ ومنوين من تمر أو شعير جاز) لحصول المقصود إذ الجنس متحد .(وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه) لأنه استقراض معنى والفقير قابض له

صاعا ، وأعانه الناس حتى بلغ » انتهى . ومقتضاه أنه كان برّا لأن التمر والشعير يجزى منه صاع . وقدمنا عن أبي داود من طريق ابن إسحاق عن معمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام فى حديث أوس ابن الصامت قال صلى الله عليه وسلم « فإنى سأعينه بعرق من تمر ، قالت امرأته : يارسول الله وأنا أعينه بعرق آخر ، قال : أحسنت » قال فيه : والعرق ستون صاعا . وأخرج عنه أيضا الحديث بهذا الإسناد إلا أنه قال : والعرق مكتل يسع ثلاثين صاعا ، وهذا أصح لأنه لو كان ستين لم يحتج إلى معاونتها أيضا بعرق آخر فى الكفارة . وأخرج أبو داود عن أبى سلمة بن عبد الرحمن قال : العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا ، وهذه معارضة فى أنه كان المخرج تمرا أو برا ، والله تعالى أعلم . وأما الذى فى حديث سلمة بن صخر البياضى قال « فأطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا ، قال : والذى بعثك بالحق لقد بتنا وحشيين ما أملك لنا طعاما ، قال : فانطلق إلى صاحب صدقة بنى زريق فليدفعها إليك فأطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها » الحديث أخرجه أحمد وأبو داود . ويكفى ما أثبتناه فى صدقة الفطر من أن الواجب من البرّ نصف صاع . إذ لاقائل بالفرق فى كمية المخرج فى الصدقات الواجبة (قوله لأن الجنس متحد) وهو جنس هذه الكفارة وهو الإطعام ، بخلاف الكسوة مع الإطعام ، وبخلاف إعتاقه نصفى عبدين مشتركين بينه وبين غيره على قول أبى حنيفة ، فإن الجنس وإن كان متحدا لكن امتنع الإجزاء فيه لمانع آخر وهو أن المأمور به إعتاق رقبة ونصفا رقبتين ليسا رقبة ، بخلاف الأضحية فإن الاشتراك فيها لايمنع الأضحية من حيث هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك فى البدنة شرعا

وذكر فى المغرب سلمة بن صخر البياضى ، وما ذكره المصنف موافق لما أورده الإمام المستغفرى فى معرفة الصحابة قال : سهيل بن صخر الليثى . وقوله (فيعتبر بصدقة الفطر) يعنى فى المقدار ، ولكن بينهما فرق من وجه آخر ، وهو أن التفريق ههنا بأن يعطى فقيرا منا من حنطة ومنا آخر فقيرا آخر لايجوز ، لأن الواجب إطعام ستين مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار ، ومتى فرق لم يوجد الإطعام المعتاد للمساكين ، وأما فى صدقة الفطر فالمعتبر فيها القدر دون العدد لكونه مسكوتا عنه فيكون التفريق جائزا . وقوله (أو قيمة ذلك) ظاهر . وقوله (لحصول المقصود إذ الجنس متحد) يعنى من حيث الإطعام وسد الجوعة لأن المقصود من البر والتمر والشعير الإطعام فيجوز تكميل أحدهما بالآخر ، وأما إذا اختلف الجنس كما إذا أطعم خمسة مساكين فى كفارة اليمين بطريق الإباحة وكسا خمسة مساكين والكسوة أرخص من الطعام لم يجزه لما أن المقصود بالكسوة غير المقصود بالإطعام ، ألا ترى أن الإباحة فى أحدهما تجوز دون الآخر . واستشكل بما إذا أعتق نصف رقبتين بأن كان بينه وبين شريكه عبدان فأعتق نصيبه منهما عن الكفارة لايجوز عنها وإن اتحد الجنس من حيث الإعتاق . وأجيب بأنه إنما لايجوز لأن نصف الرقبتين ليس برقبة كاملة ، والشركة فى كل رقبة تمنع التكفير بها . وقوله (وإن أمر غيره أن يطعم عنه

(قوله وأما إذا اختلف الجنس ، إلى قوله : لم يجز الخ) أقول : وأما إذا كان مثله قيمة أو أكثر فيجوز بطريق أداء القيمة (قال المصنف وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه) أقول : قال العلامة الزيلعى : ثم فى ظاهر الرواية ليس للمأمور أن يرجع على الآمر لأنه يحتمل الهبة والقرض فلا يرجع بالشك . وعن أبى يوسف أنه يرجع ويجعل قرضا لأنه أدناهما ضررا اهـ . وبهذا تبين أن تعليل المصنف للمسألة

أولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه(فإن غداهم وعشاهم جاز قليلا كان ما أكلوا أو كثيرا) وقال الشافعى : لايجزئه إلا التمليك اعتبارا بالزكاة وصدقة الفطر ، وهذا لأن التمليك أدفع للحاجة فلا ينوب منابه الإباحة . ولنا أن المنصوص عليه هو الإطعام وهو حقيقة فى التمكين من الطعم وفى الإباحة ذلك كما فى التمليك ، أما الواجب فى الزكاة الإيتاء وفى صدقة الفطر الأداء وهما للتمليك حقيقة (ولو كان فيمن عشاهم صبىّ فطيم لايجزئه)

(قوله فإن غدّاهم وعشاهم جاز) لأن المعتبر أكلتان مشبعتان بخبز غير مأدوم إن كان خبز برّ فى سائر الكفارات ككفارة الظهار والإفطار واليمين وجزاء الصيد والفدية سواء كانتا غداء وعشاء أو غداءين أو عشاءين بعد اتحاد الستين ، فلو غدى ستين وعشى آخرين لم يجز ، والمعتبر الإشباع . عن أبى حنيفة فى كفارة اليمين : لو قدم بين يدى عشرة أربعة أرغفة أو ثلاثة فشبعوا أجزأهم وإن لم يبلغ ذلك إلا صاعا أو نصف صاع ، فإن كان أحدهم شبعان اختلفوا ، قال بعضهم : يجوز لأنه وجد إطعام عشرة وقد شبعوا ، وقال بعضهم : لايجوز لأن المعتبر إشباعهم وهو لم يشبعهم بل أشبع التسعة (قوله وهو حقيقة فى التمكين من الطعم) الطعم بالضم الطعام . لايقال : الاتفاق على جواز التمليك ، فلو كان الحقيقة ماذكرتم كان لفظ الإطعام مشتركا معمما أو فى حقيقته ومجازه . لأنا نقول بجواز التمليك عندنا بدلالة النص والدلالة لاتمنع العمل بالحقيقة كما فى حرمة الضرب والشتم مع التأفيف ، كذا هذا ، فلما نص على دفع حاجة الأكل فالتمليك الذى هو سبب لدفع كل الحاجات التى من جملتها الأكل

من ظهاره) ظاهر . وقوله (فإن غدّاهم وعشاهم) بكلمة الواو لا بأو لأن التغذية وحدها أو التعشية وحدها لاتجزى . قال فى المبسوط : المعتبر فى التمكين أكلتان مشبعتان ، إما الغداء والعشاء ، وإما غداءان أو عشاءان لكل مسكين ، فإن المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء . وفى المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله : إذا غدّى ستين وعشى ستين آخرين لايجوز . وقوله (قليلا أكلوا أو كثيرا) يعنى أن المعتبر هو الشبع لا المقدار . وإن كان أحدهم شبعان اختلف المشايخ فيه ، فنهم من قال بجوازه لأنه وجد إطعام العدد المعين وقد شبعوا ، ومنهم من قال لايجوز لأن المأخوذ عليه إشباع الستين وهو ما أشبعهم . وقوله (وقال الشافعى) متصل بقوله فإن غدّاهم وعشاهم وهو لايجوّز فى الكفارة إلا التمليك قياسا على الزكاة وصدقة الفطر (وهذا) أى عدم جواز الإباحة (لأن التمليك أدفع للحاجة فلا ينوب منابه الإباحة . ولنا أن المنصوص عليه هو الإطعام ، وهو حقيقة فى التمكين من الطعم) لأنه جعل الغير طاعما (وفى إباحة ذلك) أى التمكين (كما فى التمليك) فيتأدى الواجب بكل واحد منهما ، أما بالتمكين فلمراعاة عين النص ، وأما بالتمليك فلاشتماله على المنصوص عليه لأنه إذا ملك منه فإما أن يطعمه أو يصرفه إلى حاجة أخرى فلذلك يقام التمليك مقام المنصوص عليه ، أما الواجب فى الزكاة فهو الإيتاء لقوله تعالى ــ وآتوا الزكاة ــ وفى صدقة الفطر الأداء لقوله عليه الصلاة والسلام « أدوا عمن تمونون » وهما للتمليك حقيقة . وقوله (ولو كان فيمن عشاهم صبىّ) ظاهر .

بقوله لأنه استقراض معنى ليس كما ينبغى لعدم انتهاضه على ظاهر الروايه ، والأولى أن يعلل بقوله لأنه طلب التمليك منه معنى ، والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه ، كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين وأمره بقبضه فليتأمل (قال المصنف : وفى الإباحة ذلك كما فى التمليك) أقول : كان الظاهر أن يقول وذلك هو الإباحة فيستلزمه التمليك (قال المصنف : ولو كان فيمن عشاهم الخ) أقول : مسألة كتاب الأيمان ذكرها بسبيل التفريع . وإن لم تكن مذكورة فى الجامع الصغير ومختصر القدورى ، لكن كان ينبغى أن يقول فيمن غداهم

لأنه لايستوفى كاملا ، ولا بد من الإدام فى خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء إلى الشبع ، وفى خبز الحنطة لايشترط الإدام (وإن أطعم مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه ، وإن أعطاه فى يوم واحد لم يجزه إلا عن يومه) لأن المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد فى كل يوم ، فالدفع إليه فى اليوم الثانى كالدفع إلى غيره ، وهذا فى الإباحة من غير خلاف . وأما التمليك من مسكين واحد فى يوم واحد بدفعات ، فقد قيل لايجزئه ، وقد قيل يجزئه لأن الحاجة إلى التمليك تتجدد فى يوم واحد ،

أجوز فإنه حينئذ دافع لحاجة الأكل وغيره (قوله وإن أطعم مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه) وقال مالك والشافعى : وهو الصحيح من مذهب أحمد لايجزيه ، وهو قول أكثر العلماء لأنه تعالى نص على ستين مسكينا ، وبتكرر الحاجة فى مسكين واحد لايصير هو ستين فكان التعليل بأن المقصود سد خلة المحتاج إلى آخر ماذكر مبطلا لمقتضى النص فلا يجوز ، وأصحابنا أشد موافقة لهذا الأصل ولذا قالوا فى المسئلة الآتية عن قريب وهى ما إذا ملك مسكينا واحدا وظيفة ستين بدفعة واحدة لايجوز ، لأن التفريق واجب بالنص فيكون المدفوع كله عن وظيفة واحدة ، كما إذا رمى الجمرات السبع بمرة واحدة تحتسب عن رمية واحدة مع أن تفريق الدفع غير مصرح به ، وإنما هو مدلول التزامى لعدد المساكين ستين ، فالنص على العدد أولى لأنه المستلزم ، وغاية مايعطيه كلامهم أن بتكرر الحاجة يتكرر المسكين حكما فكان تعددا حكما ، وتمامه موقوف على أن ستين مسكينا مراد به الأعم من الستين حقيقة أو حكما ، ولا يخفى أنه مجاز فلا مصير إليه إلا بموجب . فإن قلت : المعنى الذى باعتباره يصير اللفظ مجازا ويندرج فيه التعدد الحكمى ماهو ؟ قلت : هو الحاجة بكون ستين مسكينا مجازا عن ستين حاجة ، وهو أعم من كونها حاجات ستين أو حاجات واحد إذا تحقق تكررها ، إلا أن الظاهر إنما هو عدد ومعدوده ذوات المساكين مع عقلية أن العدد مما يقصد لما فى تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء (قوله وهذا) أى عدم الإجزاء المدلول عليه بقوله لم يجزه إلا عن يومه

وقوله (وهذا) إشارة إلى قوله لم يجزه إلا عن يومه : يعنى إذا دفع لمسكين واحد فى يوم واحد ستين مرة بطريق الإباحة فلا خلاف لأحد فى عدم جوازه ، وأما إذا كان بطريق التمليك فقد اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم : لايجوز لأن المقصود سد الخلة . ولهذا لايجوز الصرف إلى الغنى ، وبعد ما استوفى وظيفة اليوم لاحاجة له إلى سد الخلة بصرف وظيفة أخرى إليه ، بخلاف كفارة أخرى لأن المستوفى فى حكم تلك الكفارة كالمعدوم ، ولا يمكن أن يجعل مثله فى هذه الكفارة وقد ذكرناه فى التقرير بأتم من هذا (وقد قيل يجزيه لأن الحاجة إلى التمليك كثيرة تتجدد فى يوم واحد) فإذا فرق بدفعات فى يوم واحد جاز كما

وعشاهم أو يقول فيهم أو يقول لو كان أحدهم فطيما لأن العشاء وحده لايعتبر ، كذا فى شرح الإتقانى (قال المصنف : وإن أطعم مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه ، وإن أعطاه فى يوم واحد لم يجزه) أقول : اختار فى الأولى لفظ الإطعام وفى الثانية لفظ الإعطاء ليعلم حال التمليك فى الأولى والإباحة فى الثانية بطريق الأولى (قال المصنف : والحاجة تتجدد فى كل يوم) أقول : يفهم منه تعليل المسألة الثانية (قوله وقوله وهذا إشارة إلى قوله لم يجزه إلا عن يومه) أقول : الأظهر جعله إشارة إلى مجموع ماذكر من المسألتين لئلا يلزم التفكك (قال المصنف : فقد قيل لايجزئه) أقول : وذكر فى المحيط وهو الصحيح كذا فى النهاية ، وإليه يشير قول المصنف وان أعطاه فى يوم واحد ، لأن الإعطاء هو التمليك ، وفى التلويح مايخالف ذلك لكن لاتعويل عليه (قال المصنف : لأن الحاجة إلى التمليك تتجدد) أقول : قال ابن الهمام : وربما يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره ، إلا أن الأول أحوط ، ونكتة جوابه منع كون التمليك لما أقيم مقام الإطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك ، بل يجب اعتباره من حيث هو إطعام ، لأنه لما أقيم مقام الشىء اعتبرت فيه أحكام ذلك الشىء اه .

بخلاف ما إذا دفع بدفعة واحدة ، لأن التفريق واجب بالنص (وإن قرب التى ظاهر منها فى خلال الإطعام لم يستأنف) لأنه تعالى ماشرط فى الإطعام أن يكون قبل المسيس ، إلا أنه يمنع من المسيس قبله لأنه ربما يقدر على الإعتاق أو الصوم فيقعان بعد المسيس ، والمنع لمعنى فى غيره لايعدم المشروعية فى نفسه

يعنى إذا دفع ستين مرة لواحد فى يوم بطريق الإباحة لايجوز من غير خلاف ، لأنه قبل تجدد الحاجة بتجدد اليوم الثانى فكان إطعام الطاعم . أما لو كانت المرات تمليكات فى اليوم الواحد اختلف فيه ، قيل لايجوز أيضا إلا عن يومه ذلك ، وصححه فى المحيط لأن المجوز سدّ الخلة وقد اندفعت حاجة الطعم فى ذلك اليوم بصرف مايقوم مقامه فالصرف إليه بعده فى يومه إطعام الطاعم فلا يجوز كما لو كان إطعاما حقيقة ، وكالدفع إلى الغنى بخلاف الدفع فى كفارة أخرى ودفع غيره من كفارة مثلها لأن المدفوع كالهالك بالنسبة إليهما . فإن قيل : لو كسا مسكينا واحدا عشرة أثواب فى عشرة أيام يجوز لتفرق الدفع مع عدم تجدد الحاجة إلى الثوب بتجدد اليوم . قلنا : تجدد الحاجة إلى الثوب يختلف باختلاف أحوال الناس ، ولا يمكن تعليق الحكم فى الثوب بغير الحاجة إليه فأقيم مضى الزمان مقامها لأنها به تتجدد ، وأدنى ذلك يوم لجنس الحاجات وما دونه ساعات لايمكن ضبطها . وقيل يجزئه لأن التمليك لما أقيم مقام حقيقة الإطعام وفرغ من ذلك نظر إليه من حيث إنه تمليك ، والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فكان المدفوع أولا هالكا بالنسبة إلى المدفوع ثانيا كما هو هالك بالنسبة إلى دافع آخر وكفارة أخرى ، وحينئذ فلا معنى لاشتراط زمان آخر لتجدد الحاجة إذ الحال قيامها ، وربما يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره إلا أن الأول أحوط . ونكتة جوابه منع كون التمليك لما أقيم مقام الإطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك بل يجب اعتباره من حيث هو إطعام ، لأنه لما أقيم مقام الشيء اعتبرت فيه أحكام ذلك الشيء ، وأما مانعتقده فعدم جواز التمليك كالإطعام لواحد ولو فى اليوم الثانى لما فيه من مصادمة النص بالمعنى مع أنه معنى معارض بمعنى آخر وهو ماذكرناه (قوله وإن قرب التى الخ) الحاصل أنه يجب تقديم الإطعام على المسيس ، فإن قربها فى خلاله لم يستأنف ، لأنه تعالى ماشرط فيه أن يكون قبل المسيس ، ونحن لانحمل المطلق على المقيد وإن كان فى حادثة واحدة بعد أن يكونا فى حكمين ، والوجوب لم يثبت إلا لتوهم وقوع الكفارة بعد التماسّ . بيانه أنه لو قدر على العتق أو الصيام فى خلال الإطعام أو قبله لزمه التكفير بالمقدور عليه ، فلو جوّز للعاجز عنهما القربان قبل الإطعام ثم اتفق قدرته فلزم التكفير به لزم أن يقع العتق بعد التماس والمفضى إلى الممتنع ممتنع . وفيه نظر فإن القدرة حال قيام العجز بالفقر والمرض والكبر والمرض الذى لايرجى زواله أمر موهوم ، وباعتبار الأمور الموهومة لاتثبت الأحكام ابتداء بل يثبت الاستحباب ، فالأولى الاستدلال بما ذكرنا أول الفصل من النص ، ولا يعلل بما ذكر لمعنى فى غيره (قوله لمعنى فى غيره) هو توهم القدرة على العتق أو الصوم لا يعدم

فى الأيام ، بخلاف حاجة الإباحة بالإطعام فإنه إذا استوفى حاجته فى يوم تنتهى حاجته إلى الطعام ولا تتجدد إلا بتجدد الأيام ، و (بخلاف ما إذا دفع دفعة واحدة لأن التفريق واجب بالنص) وهو قوله - فإطعام ستين مسكينا - ولم يوجد لاحقيقة ولا تقديرا فلا يجوز كالحاج إذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة . قوله (وإن قرب التى ظاهر منها فى خلال الإطعام) واضح . وقوله (والمنع لمعنى فى غيره) يعنى توهم القدرة على الإعتاق

ولك أن تقول : اقتصاره على توجيه هذا القول لانفهام وجه القول الأول بحيث يتضمن جواب وجه الثانى عما قدمه تأمل (قال المصنف : لأن التفريق واجب بالنص) أقول : ولك أن تقول العدد أيضا منصوص عليه ، فينبغى أن لايجوز إطعام مسكين واحد ستين يوما . ويمكن أن يجاب بأن نسبة أمر إلى المشتق تفيد علية المأخذ فيعلم أن المقصود تعدد الحاجة وبه يتعدد المسكين الواحد حكما فليتأمل (قال المصنف : إلا أنه يمنع من المسيس قبله) أقول : فيه بحث .

(وإذا أطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه إلا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد يجزئه عنهما ،وإن أطعم ذلك عن إفطار وظهار أجزأه عنهما)له أن بالمؤدى وفاء بهما والمصروف إليه محل لهما فيقع عنهما كما لواختلف السبب أوفرّق فىالدفع . ولهما أن النية فىالجنس الواحد لغو وفى الجنسين معتبرة ، وإذا لغت النية والمؤدّى يصلح كفارة واحدةلأن نصف الصاع أدنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنهما كما إذا نوىأصل الكفارة بخلاف ما إذا فرّق فى الدفع لأنه فىالدفعة الثانية فى حكم مسكين آخر

المشروعية فلم تنعدم مشروعية الكفارة بالإطعام بتخلل الوطء (قوله عن ظهارين) سواء كانا من امرأة أو امرأتين (قوله له الخ) حاصل الوجه أنه وجد المقتضى للوقوع عنهما فيقع ، وذلك لأن المقتضى للإجزاء عنهما صرف الكمية التى تجزى عن كفارتين إلى المحل مقرونا بنية كونه عما عليه والكل ثابت فيلزم حكمه وهو الإجزاء . والجواب منع وجود المقتضى ، وإنما يوجد لو كانت تلك النية معتبرة لكنها فى الجنس الواحد لغو لأنها إنما اعتبرت لتمييز بعض الأجناس عن بعض لاختلاف الأغراض باختلاف الأجناس ، فلا يحتاج إليها فى الجنس الواحد لأن الأغراض لاتختلف باعتباره فلا تعتبر فبقى نية مطلق الظهار وبمجردها لايلزم أكثر من واحد ، وكون المدفوع لكل مسكين أكثر من نصف صاع لايستلزم ذلك لأن نصف الصاع أدنى المقادير لاتمتنع الزيادة عليه بل النقصان ، بخلاف ما إذا فرق الدفع أو كانا جنسين . وقد يقال اعتبارها للحاجة إلى التمييز وهو محتاج إليه فى أشخاص الجنس الواحد كما فى الأجناس ، وقد ظهر أثر هذا الاعتبار فيما صرحوا به من أنه لو أعتق عبدا عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ حتى حل وطء التى عينها ، ومن الصور ظن أنه ظاهر منها فأعتق ثم تبين أنه ظاهر من غيرها لايجزيه ، ومنها نية كفارة عمرة لايجزيه عن نية كفارة زينب ، فهنا أيضا يجب أن لايلغو

لايعدم المشروعية فى نفسه كالبيع وقت النداء والصلاة فى الأوقات المكروهة . قال (وإذا أطعم عن ظهارين) وإذا أطعم المظاهر عن ظهارين (ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه إلا عن واحدة منهما عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : يجزئه عنهما ، وإن أطعم ذلك عن إفطار وظهار أجزأه عنهما) اتفاقا (له أن بالمؤدى وفاء بهما) إذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من برّ فى الصاع وفاء بهما لامحالة (والمصروف إليه محل لهما) لأن الفقير لايخرج بأخذ أحد الحقين عن كونه مصرفا لبقاء الخلة والنية معينة (فيقع عنهما كما لو اختلف السبب) يعنى أطعم ذلك عن إفطار وظهار (أو فرّق فى الدفع . ولهما أن النية فى الجنس الواحد لغو) لأن النية للتمييز بين الأجناس المختلفة والفرض عدمها فلغت النية (وإذا لغت والمؤدى يصلح كفارة واحدة لأن نصف الصاع أدنى المقادير ، والمقادير تمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها ، كما إذا نوى أصل الكفارة) فإنه يقع عن إحداهما بالاتفاق (بخلاف ما إذا فرق فى الدفع لأنه فى الدفعة الثانية فى حكم مسكين آخر) وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن كل ظهار وجب لسبب على حدة وكانا بمنزلة جنسين مختلفين فينبغى أن يقع عنهما . والثانى أنه لو أعتق عبدا عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ وإن كان الجنس واحدا ولهذا حل وطء التى

(قال المصنف : وقال محمد ، يجزئه عنهما) أقول : قال الإتقانى : وعندى قول محمد أقوى ، وبين وجه الترجيح فراجع شرحه (قال المصنف : ولهما أن النية فى الجنس الواحد لغو) أقول : لانسلم ذلك ، فإن من وجب عليه كفارتا ظهار فأعتق عنهما أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء كما يجىء بعد أسطر (قال المصنف : والمؤدى يصلح كفارة واحدة) أقول : فيجب القول به نظرا للفقراء، ولكن يخرج عن العهدة بيقين (قوله وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن كل ظهار وجب الخ) أقول : الظاهر أن المضاف مقدر : أى كل كفارة ظهار

(ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فأعتق رقبتين لاينوى عن إحداهما بعينها جاز عنهما، وكذا إذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكينا جاز) لأن الجنس متحد فلا حاجة إلى نية معينة (وإن أعتق عنهما رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء ، وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) وقال زفر : لايجزيه عن أحدهما فى الفصلين . وقال الشافعى : له أن يجعل ذلك عن أحدهما فى الفصلين لأن الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد . وجه قول زفر أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد ، وليس له أن يجعل عن أحدهما بعد ما أعتق عنهما لخروج الأمر من يده . ولنا أن نية التعيين

لثبوت الغرض الصحيح فى نية الظهارين وهو حلهما معا . أجيب بما حاصله ادعاء ثبوت المانع هنا وهو عدم سعة المحل للكفارتين ، فإن محلهما فى الإطعام مائة وعشرون مسكينا ، بخلاف صورة الإعتاق ، وهذا يصير أصل الجواب تسليم وجوب المقتضى وادعاء المانع ، وهو رجوع وانقطاع عن طريق الأول إذ قد ظهر صحة اعتبار النية فى الجنس الواحد . ثم قد يقال عليه أن اعتبار الستين مائة وعشرين بالنظر إلى كفارتين ليس بأبعد من اعتبار الواحد ستين فى كفارة واحدة باعتبار تجدد الحاجة والاتفاق على أن وظيفة الواحد مستهلكة بالنسبة إلى كفارة أخرى فهو كمحتاج آخر بالنسبة إليها فما دفع إلا مع قيام الحاجة بالنسبة إلى كفارة أخرى (قوله وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) هذا إذا كانت الرقبة مؤمنة ، فإن كانت كافرة صح عن الظهار لأن الكافرة لاتصلح كفارة للقتل فتعينت للظهار (قوله فى الفصلين) هما صورتا اتحاد الجنس واختلافه (قوله لأن الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود) وهو الستر وإذهاب أثر تلك الجناية (جنس واحد) ولذا حمل المطلق منهما على المقيد فى الأخرى (قوله لخروج الأمر من يده) فإنه وقع نفلا إذ لايصح إعتاق نصف رقبة عن كفارة

عينها . وأجيب عن الأول بأن النية معتبرة فى الجنسين لافيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد ، وعن الثانى بأن إعتاق الرقبة يصلح كفارة عن أحد الظهارين قدرا ومحلا فصحت نيته . فأما إطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا . فإن صلح عن الظهارين قدرا لم يصلح لهما محلا لأن محلهما مائة وعشرون مسكينا عند عدم التفريق ، فإذا زاد فى الوظيفة ونقص عن المحل وجب أن يعتبر قدر المحل احتياطا ، كما لو أعطى ثلاثين مسكينا كل واحد صاعا . وقوله (ومن وجبت عليه كفارتا ظهار) ظاهر . وقوله (كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء) جواب الاستحسان والقياس أن لايجوز وهو قول زفر لخروج الأمر من يده (وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما . وقال زفر : لايجزيه عن أحدهما فى الفصلين) يعنى فى متحد الجنس ومختلفه (وقال الشافعى : له أن يجعل عن أيهما شاء فى الفصلين لأن الكفارات باعتبار اتحاد المقصود) وهو الستر (جنس واحد) والنية فى الجنس الواحد غير مفيد فبقى نية أصل الكفارة ، ولو نوى أصل الكفارة كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء فكذا هذا (ووجه قول زفر أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له أن يجعل عن أحدهما لخروج الأمر من يده . ولنا أن نية التعيين

(قوله وأجيب عن الأول بأن النية معتبرة فى الجنسين لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد) أقول : فيه بحث : فإن لك أن تقول إنهما جنسان لاختلاف السبب والخطاب كظهرين ، نعم قد يتحد السبب مع تعدد الكفارة كما إذا ظاهر من نسائه بلفظ واحد على ماتقدم قبيل الفصل ولايمكن ذلك فى الظهرين فتأمل (قوله فأما إطعام ستين مسكينا الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه لم لايكفى التفرق الحكمى بنية التوزيع كما كفى التعدد الحكمى فيما إذا أطعم مسكينا واحدا ستين يوما فليتأمل .

فى الجنس المتحد غير مفيد فتلغو ، وفى الجنس المختلف مفيدة . واختلاف الجنس فى الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب . نظير الأول إذا صام يوما فى قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد . ونظير الثانى إذا كان عليه صوم القضاء والنذر فإنه لابد فيه من التمييز ، والله أعلم .

وبذلك خرج من يده إمكان أن يجعله عن إحداهما لأنه بعد ما وقع على وجه لاينقلب إلى غيره (قوله فتلغو) وإذا لغت بقى نية مطلق الظهار فله أن يعين أيهما شاء كما لو أطلقها فى الابتداء (قوله واختلاف الجنس الخ) لما اختلفت باختلاف الجنس واتحاده أجوبة المسائل أفاد مابه الاختلاف والاتحاد ، فما اختلف سببه فهو المختلف ، وما لا فالمتحد ، والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين لاختلاف السببين : أعنى الوقتين حقيقة وحكما . أما الحقيقة فظاهر ، وكذا حكما لأن الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بالدلوك وهو من يوم غيره من آخر ، بخلاف صوم رمضان لأنه معلق بشهود الشهر وهو واحد جامع للأيام كلها بلياليها ، فكل يوم وإن كان سببا لصومه فكذا شهود الشهر ، فاجتمع فى وجوب صوم كل يوم سببان : شهود الشهر ، وخصوص اليوم . فباعتبار أحد السببين لايحتاج فى نية قضائه إلى تعيين يوم السبت مثلا أو يوم الأحد ، وشرط فى الصلوات فإن تعذر عليه معرفة يومى الظهرين ينوى أول ظهر عليه أو آخر ظهر عليه إن لم يكن ساقط الترتيب ، وقد أسلفناه فى باب شروط الصلاة ، وكذا شرط التعيين فى اليومين من رمضانين فينوى عما على من الرمضان الأول أو الثانى لاختلاف السبب مطلقا لعدم تعلق الخطاب بصومهما بزمان يجمعهما . ولو نوى ظهرا وعصرا أو ظهرا وصلاة الجنازة لم يكن شارعا فى شيء منهما للتنافى وعدم الرجحان . بخلاف مالو نوى ظهرا ونفلا حيث يقع عن الظهر عند أبى يوسف وهو رواية عن أبى حنيفة ترجيحا بالأقوى . ولا يصير شارعا عند محمد أصلا للتنافى ؛ ولو نوى صوم القضاء والنفل أو الزكاة والتطوع أو الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد لأن النيتين لما

فى الجنس المتحد لغو) قيل معناه نوى التوزيع فى الجنس الواحد وكان لغوا . وإذا لغت صار كأنه أعتق رقبة عن الظهارين ولم ينوعنهما ، وذلك جائز وله أن يصرفها إلى أيهما شاء فكذلك ههنا . بخلاف ما إذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لأنه نوى التوزيع فى الجنس المختلف وكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما . فإن قيل : لانسلم اختلاف الجنس . فإن الحكم وهو الكفارة بالإعتاق فى القتل والظهار واحد . أجاب بقوله (واختلاف الجنس فى الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب) فإن القتل يخالف الظهار لامحالة ، واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لأن الحكم ملزوم السبب . واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات . ولما اختلف الجنس صحت النية فكان إعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ، ثم نظر المصنف لكل واحد من الجنسين المتحد والمختلف بما ذكره فى الفوائد الظهيرية فقال (نظير الأول) يعنى الجنس المتحد (إذا صام يوما فى قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد) بناء على ماذكرنا من إلغاء نية التوزيع وبقاء أصل النية إذ الجنس متحد (ونظير الثانى) يعنى الجنس المختلف (إذا كان عليه صوم القضاء والنذر فإنه لابد فيه من التمييز) فإن نوى من الليل أن يصوم غدا عنهما كانت النية معتبرة ولا يصير صائما إذ الجنس مختلف . واعترض على هذا بما إذا نوى عن قضاء ظهرين عليه فإن الجنس متحد وتعيين النية لابد منه وإلا لايقع عن واحد منهما . وأجيب بأنا لانسلم اتحاد الجنس لأنه يختلف باختلاف الخطاب والسبب . فإن لكل منهما سببا وخطابا على حدة ، بخلاف الصوم فإن الجميع ثابت بخطاب ـ فليصمه ـ من أول الشهر الخ .

(باب اللعان)

قال (إذا قذف الرجل امرأته بالزنا

بطلتا بالتعارض بقى مطلق النية وبها يصح النفل ، وعند أبى يوسف يقع عن الأقوى لأن نية التطوع غير محتاج إليها فلغت فبقى نية القضاء . ولو نوى حجة الإسلام والتطوع فهو عن حجة الإسلام اتفاقا عند أبى يوسف لما ذكرنا ، وعند محمد لأنه لما بطلت الجهتان بالتعارض بقى مطلق النية وبه تتأدى حجة الإسلام ، والله أعلم . ولو نوى القضاء وكفارة الظهار كان عن القضاء استحسانا ، وفى القياس يكون تطوعا ، وهو قول محمد لتدافع النيتين ، فصار كأنه صام مطلقا . وجه الاستحسان أن القضاء أقوى لأنه حق الله تعالى على الخلوص وكفارة الظهار لاستيفاء حق له فيترجح القضاء . وعن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فنواه وكفارة اليمين أنه عن النذر لأنه نفل فى أصله ، وقدمنا هذا فى كتاب الصوم ، وذكرنا إلزام محمد شروعه فى النفل فى صورة نية الظهر والنفل فارجع إليه فليكن هذا رواية عنه فيه . هذا ومما يعكر على الأصل الممهد ما عن أبى يوسف فى المنتقى : أو تصدق عن يمين وظهار فله أن يجعله عن أحدهما استحسانا ، والله الموفق .

(باب اللعان)

هو مصدر لاعن سماعى لا قياسى ، والقياس الملاعنة ، وكثير من النحاة يجعلون الفعال والمفاعلة مصدرين قياسيين لفاعل وهو من اللعن وهو الطرد والإبعاد ، يقال منه التعن : أى لعن نفسه ، ولاعن إذا فاعل غيره ، ومنه رجل لعنة بفتح العين إذا كان كثير اللعن لغيره ، وبسكونها إذا لعنه الناس كثيرا . قال :

والضيف أكرمه فإن مبيته حق ولا تك لعنة للنزل

وفى الفقه : هو اسم لما يجرى بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة ، سمى ذلك به لوجود لفظ اللعن فى الخامسة من تسمية الكل باسم الجزء ولم يسم باسم الغضب ، وهو أيضا موجود فيه لأنه فى كلامها وذلك فى كلامه وهو أسبق والسبق من أسباب الترجيح . وشرطه قيام النكاح وما سيذكر . وسببه قذفه زوجته بما يوجب الحد فى الأجنبية . وركنه ذلك المفهوم . وحكمه حرمتها بعد التلاعن على ما سيأتى ، وأهله من كان أهلا للشهادة . (قوله إذا قذف الرجل امرأته بالزنا) بأن يقول أنت زانية أو رأيتك تزنين أو يازانية ، هذا مذهب

(باب اللعان)

قد تقدم وجه المناسبة فى أول الظهار . واللعان فى اللغة : الطرد والإبعاد ، يقال لاعنه ملاعنة ولعانا ، ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وإن كان فيه الغضب أيضا لأن اللعن من جانب الرجل وهو مقدم ، وفى الشريعة شهادات تجرى بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب ، وسببه قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد فى الأجنبية ، وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لايجرى اللعان بينهما . وركنه الشهادات المخصوصة التى تجرى بكلمات معروفة بين الزوجين . وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغنا من اللعان . قال (وإذا قذف الرجل امرأته بالزنا

(باب اللعان)

(قوله ثم لقب الباب باللعان الخ) أقول : تسمية الكل باسم جزئه (قوله وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغنا من اللعان)

وهما من أهل الشهادة والمرأة ممن يحدّ قاذفها أو نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان)

الجمهور ، وفى المشهور عن مالك : لايجب بقوله يا زانية بل يجب فيه الحدّ ، وهو قول الليث وعثمان البتّى ويحيى بن سعيد . واستضعف بأن الكل رمى بالزنا وهو السبب فلا فرق (قوله وهما من أهل الشهادة) أى من أهل أدائها على المسلم فلا يجرى اللعان بين الكافرين والمملوكين ، ولا إذا كان أحدهما مملوكا أو صبيا أو مجنونا أو محدودا فى قذف . وأورد أنه يجرى بين الأعميين والفاسقين مع أنه لا أداء لهما . ودفع بأنهما من أهله إلا أنه لايقبل للفسق ولعدم تمييز الأعمى بين المشهود له وعليه ، وهنا هو يقدر على أن يفصل بين نفسه وامرأته فيكون أهلا لهذه الشهادة دون غيرها . وروى ابن المبارك عن أبى حنيفة رضى الله عنه أن الأعمى لايلاعن (قوله ممن يحدّ قاذفها) فلو كانت لايحدّ قاذفها بأن تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه أوكان لها ولد وليس له أب معروف أو زنت فى عمرها ولو مرة أو وطئت وطأ حراما بشبهة ولو مرة لايجرى اللعان . وأورد ما فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها وهو شرط فى جانب الرجل أيضا حتى لو كان الزوج ممن لايحد قاذفه لايجرى اللعان أيضا وإن كانت هى ممن يحد قاذفها . وأجاب فى النهاية بأن اللعان فى حقه قائم مقام حد القذف فلا بد من إحصانها حتى يقع مقام حد القذف ، وعند عدم إحصانها قذفها لايكون موجبا شيئا لاحد القذف ولا اللعان ، أما قذف الرجل عند عدم إحصانه فوجب ما هو الأصل وهو حد القذف فلم يخل قذفه عند عدم إحصانه عن موجب فلذلك لم يشترط كونه ممن يحد قاذفه إذ الحد أصل اللعان فكان فى معنى اللعان . قال فى شرح الكنز : هذا خطأ فاحش لأن من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لأنه شهادة ، وكونه ممن لايحد قاذفه كالزانى لايخل بهذا الشرط

وهما من أهل الشهادة) أى من أهل أدائها ولهذا لايجرى بين المملوكين (والمرأة ممن يحد قاذفها) حتى لو لم تكن من ذلك بأن تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها أو كان لها ولد مجهول النسب لايجرى بينهما (أو نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان) فإن قيل : اللعان يجرى بين الأعميين والفاسقين وليسا من أهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا فى جانب الرجل أيضا حتى لوكان ممن لايحد قاذفه لايجرى وإن كانت ممن يحد قاذفها أجيب عن الأول بأنهما من أهل الشهادة لوحكم الحاكم بشهادتهم جاز ، كذا فى شرح الطحاوى والجامع الصغير لقاضيخان . وعن الثانى بأنه إنما يشترط كونها ممن يحد قاذفها لئلا يخلو القذف عن إيجاب حكم ، فإنها إذا لم تكن كذلك لم يلزم الرجل حدّ ولا لعان لأن اللعان قائم فى حقه مقام حد القذف وهو يقتضى إحصانها ، بخلاف ما إذا لم يكن الرجل ممن يحدّ قاذفه وقذف فإنه يحدّ حدّ القذف ، فلم

أقول : وفى الكفاية لاتقع الفرقة بنفس اللعان حتى لو طلقها فى هذه الحالة طلاقا بائنا يقع وكذا لو أكذب نفسه حل له الوطء من غير تجديد النكاح اهـ (قوله وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا فى جانب الرجل أيضا) أقول : قال العلامة الزيلعى : هذا خطأ فاحش لأن من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لأنه شهادة وكونه ممن لايحد قاذفه كالزانى لايخل بهذا الشرط ، لأن اللعان يجرى بين الفاسقين ، وإنما اشترط ذلك فيها ليثبت عفتها لأن حد القذف لايجب إلا إذا كان المقذوف عفيفا عن الزنا ، فكذا اللعان لأنه قائم مقام حد قذفها ، وهذا لأن من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد ، وإذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلايتصور اللعان ولم يوجد فى حقه هذا المعنى فلأى معنى يمنع اهـ . قال العلامة الإمام كمال الدين بن الهمام : والحاصل أن المرأة هى المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة ، بخلافه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه والله أعلم اهـ (قوله لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز الخ) أقول : وكذا المحدود فى القذف .

والأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فى حقه ومقام حد الزنا فى حقها لقوله تعالى ـ ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ـ والاستثناء إنما يكون من الجنس ، وقال الله تعالى ـ

لأن اللعان يجرى بين الفاسقين ، وإنما اشترط ذلك فيها لتثبت عفتها لأن حد القذف لايجب إلا إذا كان المقذوف عفيفا عن الزنا ، فكذا اللعان لأنه قائم مقام حد قذفها ، وهذا لأن من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد ، وإذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد فى حقه هذا المعنى فلأى معنى يمتنع اهـ . الحاصل أن المرأة هى المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة بخلافه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه (قوله والأصل) أى إن الأصل فى اشتراط أهلية الشهادة فيهما ، واشتراط كونها مع ذلك عفيفة ممن يحد قاذفها أن اللعان شهادات مؤكدات بالأيمان ، فلذلك اشترطنا أهلية الشهادة ، وأنه قام مقام حد القذف فى حقه : أى قذفه لها فلذلك اشترطنا كونها ممن يحد قاذفها ومقام حد الزنا فى حقها إن كان صادقا (قوله عندنا) قيد بهذا الظرف ليفيد الخلاف . فعند الشافعى اللعان أيمان مؤكدات بالشهادات ، وهو الظاهر من قول مالك وأحمد ممن كان أهلا لليمين وهو من يملك الطلاق ، فكل من يملكه فهو أهل له عنده ، فيجب اللعان من كل زوج عاقل وإن كان كافرا أو عبدا ، وعن مالك وأحمد رواية كقولنا وجه قوله قوله تعالى ـ فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ـ فقوله تعالى« بالله» محكم فى اليمين والشهادة تحتمل اليمين ؛ ألا ترى أنه لو قال أشهد ينوى اليمين كان يمينا ، فحملنا المحتمل على المحكم ، لأن حمله على حقيقته متعذر لأن المفهوم فى الشرع عدم قبول شهادة الإنسان لنفسه بخلاف يمينه ، وكذا المعهود شرعا عدم تكرر الشهادة فى موضع بخلاف اليمين فإنه معهود فى القسامة ، ولأن الشهادة محلها الإثباتات واليمين للنفى فلا يتصور تعلق حقيقتهما بأمر واحد فوجب العمل بحقيقة أحدهما ومجاز الآخر ، فليكن المجاز لفظ الشهادة لما قلنا من الموجبين المذكورين ، وهذا التقرير يقتضى فى حل مذهبه أن يقال أيمان مؤكدة بأيمان لا أيمان مؤكدة بالشهادة . ولنا الآية المذكورة والحمل على الحقيقة يجب عند الإمكان ، وقوله تعالى ـ ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ـ أثبت أنهم شهداء لأن الاستثناء من النفى إثبات ، وجعل الشهداء مجازا عن الحالفين يصير المعنى ولم يكن

يخل القذف عن إيجاب حكم . وقوله (والأصل) اعلم أن موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف فى الابتداء كما فى الأجنبية لعموم قوله تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ـ الآية ، ولما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه قال «كنا جلوسا فى المسجد ليلة الجمعة إذ دخل أنصارى فقال : يارسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلا ، فإن قتل قتلتموه وإن تكلم جلدتموه وإن سكت سكت على غيظ ، ثم قال : اللهم افتح ، فنزلت آية اللعان » ولأنه صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سحماء : « ائت بأربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك وإلا تجلد على ظهرك » فقال الصحابة : الآن يجلد هلال بن أمية فتبطل شهادته فى المسلمين ، فثبت أن موجب القذف فى الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان ، فنظرنا فى آية اللعان فوجدناها دالة على أن الأصل فى اللعان أن يكون شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فى حق الرجل ومقام حد الزنا فى حقها لأن الله تعالى قال ـ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ـ ووجه الاستدلال أن الله تعالى استثنى الأزواج من الشهداء . والأصل فى الاستثناء أن يكون من الجنس ، ولا شهداء إلا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه إلا كلمات اللعان فدل أنها شهادات أكدت بالأيمان نفيا للتهمة ، وقال الله تعالى ـ فشهادة

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

- فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله - نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ، ثم قرن الركن فى جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حدّ القذف وفى جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا ،

لهم حالفون إلا أنفسهم ، وهو غير مستقيم لأنه يفيد أنه لما لم يكن للذين يرمون أزواجهم من يحلف لهم يحلفون هم لأنفسهم ، وهذا فرع تصوّر حلف الإنسان لغيره وهو لاوجود له أصلا ، فلو كان معنى اليمين حقيقيا للفظ الشهادة كان هذا صارفا عنه إلى مجازه فكيف وهو مجازى لها ، ولو لم يكن هذا كان إمكان العمل بالحقيقة موجبا لعدم الحمل على اليمين فكيف وهذا صارف عن المجاز وما توهم صارفا مما ذكر غير لازم قوله قبول الشهادة لنفسه وتكرر الأداء لاعهد بهما . قلنا : وكل من الحلف لغيره والحلف لإيجاب الحكم لاعهد به ، بل اليمين لدفع الحكم ، فإن جاز لمن له ولاية الإيجاد والإعدام والحكم كيفما أراد شرعية هذين الأمرين فى محل بعينه ابتداء جاز له أيضا شرعية ذلك ابتداء ، ثم هما أقرب فى القول لعقلية كون التعدد فى ذلك المحل أربعا بدلا عما عجز عنه من إقامة شهود الزنا وهم أربع وعدم قبول الشهادة لنفسه عند التهمة ولذا يثبت عند عدمها أعظم ثبوت . قال الله تعالى - شهد الله أنه لا إله إلا هو - فغير بعيد أن يشرع عند ضعفها بواسطة تأكيدها باليمين وإلزام اللعنة والغضب إن كان كاذبا مع عدم ترتب موجبها فى حق كل من الشاهدين، إذ موجب شهادة كل واحد إقامة الحد على الآخر ، وليس ذلك بثابت هنا ، بل الثابت عندهما ماهو الثابت بالأيمان وهو اندفاع موجب دعوى كل عن الآخر ، وإنما قلنا عندهما ولم نقل بهما لأن هذا الاندفاع ليس موجب الشهادتين بل هو موجب تعارضهما . وأما قوله اليمين للنفى إلى آخره فمحله ما إذا وقعت فى إنكار دعوى مدع وإلا فقد يحلف على إخبار بأمر نفى أو إثبات ، وهنا كذلك فإنها على صدقه فى الشهادة . والحق أنها على ما وقعت الشهادة به وهو كونه من الصادقين فيما رماها به كما إذا جمع أيمانا على أمر واحد يخبر به فإن هذا هو حقيقة كونها مؤكدة للشهادة ، إذ لو اختلف متعلقهما لم يكن أحدهما مؤكدا للآخر ، وثمرة الخلاف تظهر فى اشتراط أهلية الشهادة وعدمها (قوله قائمة مقام حد القذف فى حقه)

أحدهم أربع شهادات بالله - نص على الشهادة واليمين ، فقلنا : الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ، ثم قرن الركن فى جانبه باللعن لو كان كاذبا تأكيدا وهو قائم فى حقه مقام حدّ القذف وفى جانبها بالغضب لأنهن يستعملن اللعن فى كلامهن كثيرا على ما ورد فى الحديث «إنهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير» وسقطت حرمة اللعن عن أعينهن فعساهن يجترئن على الإقدام لكثرة جرى اللعن على ألسنتهن وسقوط وقعه عن قلوبهن فقرن الركن فى جانبها بالغضب ردعا لهن عن الإقدام . فإن قيل : مامعنى إقامة الشهادة مقام الحد فى الطرفين وما المناسبة بين الحدّ والشهادة ؟ أجيب بأن الحدّ زاجر ، والاستشهاد بالله كاذبا مقرونا باللعن على نفسه سبب الهلاك ، وفى ذلك زجر عن الإقدام على سببه . فإن قيل : لو كان اللعان قائما فى حقة مقام حد القذف يجرى كجريانه فى الاتحاد والتعدد ، وليس كذلك فإن من قذف أربع نسوة له فى كلمة واحدة أو فى كلام متفرق فعليه أن يلاعن كل واحدة منهن على حدة ، وإن قذف أجنبيات فإنه يقام عليه حدّ القذف لهن مرة واحدة . أجيب بأن اللعان قائم فى حقه مقام حد القذف بقذف امرأته لامطلقا لأنه صار بدلا عما كان يلزمه فى الابتداء بقذفها فلا يرد عليه الأجنبيات ، على أن ذلك الاختلاف لاختلاف المقصود ، فإن المقصود هناك دفع عار الزنا عنهن وذلك يحصل

(قوله سبب الهلاك) أقول : وكذا فى جانبها (قوله أجيب بأن اللعان قائم ، إلى قوله ، فلا يرد عليه الأجنبيات) أقول : فيه بحث ، إذ الظاهر أن حكم نسائه فى الابتداء كان حكم الأجنبيات فيتوجه السؤال ويجىء بعد ثلاثة أسطر .

إذا ثبت هذا نقول لابد أن يكونا من أهل الشهادة لأن الركن فيه الشهادة ولا بد أن تكون هى ممن يحد قاذفها لأنه قائم فى حقه مقام حد القذف فلا بد من إحصانها ، ويجب بنفى الولد لأنه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره بالوطء من شبهة ، كما إذا نفى أجنبى نسبه عن أبيه المعروف ، وهذا لأن الأصل فى النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به ، فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ،

أى بالنسبة إلى كل زوجة على حدة لامطلقا : ألا يرى أنه لو قذف بكلمة أو بكلمات أربع زوجات له بالزنا لايجزيه لعان واحد لهن ، بل لابد من أن يلاعن كلا منهن على حدة ، ولو كن أجنبيات فقذفهن حد حدا واحدا لهن . وسبب هذا الافتراق أن المقصود يحصل فى إقامة الحد الواحد للكل وهو دفع العار عنهن ، ولا يحصل ذلك فى اللعان إلا بالنسبة إلى كل واحدة ، ويتعذر اجتماع الكل فى كلمة (قوله ويجب بنفى الولد) هو أعم من كونه ولده منها أو ولدها من غيره ، ويجب إرادة هذا الإطلاق ، فقوله فى الغاية أو نفى نسب ولدها المولود على فراشه لايفيد ، لأنه لو نفى نسب ولدها من غيره عن أبيه المعروف يكون قذفا لها كما لو نفاه عنه أجنبى فيكون موجبه اللعان لما تلونا كذا فى شرح الكنز (قوله ولا يعتبر احتمال الخ) جواب عن مقدر تقديره إن النفى ليس بقذف لها بالزنا يقينا لجواز كون الولد من غيره بوطء بشبهة لا زنا . أجاب بأنه احتمال لايعتبر لأن النسب وإن كان مما يثبت من الوطء بشبهة لكن الواقع انتفاء ثبوته إلا من هذا الفراش القائم . فإذا نفاه عنه مع عدم ثبوته من غيره كان نفيا لثبوت نسبه مطلقا ويستلزم كونه عن زنا فكان قذفا مالم يظهر خلافه ولم يظهر بعد ، وإنما بقى فيه احتمال كونه فى نفس الأمر عن غير زنا ولا عبرة به . فإن هذا الاحتمال قائم بعينه فيما إذا صرح بنسبة أمه إلى الزنا به ، ثم شبهه بما إذا نفى أجنبى نسبه عن أبيه المعروف : يعنى فإنه يكون قذفا موجبا للحد وإن كان ذلك الاحتمال قائما فيه وهذا مصرح ، بخلاف مافى المحيط من أنه إذا نفى الولد فقال ليس بابنى ولم يقذفها بالزنا لالعان بينهما لأن النفى ليس بقذف لها بالزنا يقينا لذلك الاحتمال . وفى النهاية والدراية جعلا هذا قول الشافعى ، ثم قال : وأجمعوا أنه لو قال لأجنبية ليس هذا الولد الذى ولدتيه من زوجك لايصير قاذفا ما لم يقل إنه من الزنا .

بإقامة حد واحد ، وههنا لايحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان ، فقد يكون صادقا فى حق بعض دون بعض ، والمقصود التفريق بينه وبينهن ، ولايحصل ذلك بلعان بعضهن فيلاعن كلا منهن على حدة ، حتى لو كان محدودا فى قذف كان عليه لهن حد واحد لأن موجب قذفهن الحد حينئذ ، والمقصود يحصل بحد واحد كما فى الأجنبيات ، وإنما قيد بقوله عندنا لأن عند الشافعى اللعان أيمان مؤكدات بالشهادة ، فمن كان أهلا لليمين كان أهلا للعان . قال (إذا ثبت هذا نقول) يعنى إذا ثبت أن الأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان نقول (لابد أن يكون المتلاعنان من أهل الشهادة لأن الركن فيه الشهادة ، ولا بد أن تكون المرأة ممن يحد قاذفها لأنه قائم فى حقه مقام حد القذف فلابد من الإحصان ، ويجب بنفى الولد لأنه لما نفى ولدها صار قاذفا لها) كما إذا نفى أجنبى نسب ولد عن أبيه المعروف فإنه يكون قذفا للمرأة فكذلك هذا (ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطء بشبهة لأن الأصل فى النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به ، فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به) وقال الشافعى : لايصير بنفى الولد قاذفا لها مالم يقل وإنه من الزنا لجواز أن يكون من الوطء بشبهة كما لو قال لأجنبية ليس هذا الولد الذى ولدته من زوجك فإنه لايصير قاذفا مالم يقل ولد من الزنا

(قوله فإنه لايصير قاذفا) أقول : مخالف لما مر آنفا .

ويشترط طلبها لأنه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق (فإن امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه) لأنه حق مستحق عليه وهو قادر على إيفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب

قال : والقياس ما قاله الشافعي إلا أنا تركناه لضرورة في اللعان لأن الزوج قد يعلم أن الولد ليس منه ، إما لأنه لم يقربها أو عزل عنها عزلا بينا ولا يدرى من أين هو : يعني فيحتاج إلى نفيه لأنه لا يستلحق من ليس منه يقينا ولا يتمكن منه إلا باللعان ، وثبوته فرع اعتباره قاذفا فاعتبر كذلك لهذه الضرورة ، وهذه الضرورة منعدمة في حق غيره . وجواب الفصلين يخالف جوابهما المصرح في الهداية ؛ والعجب من صاحب الدراية حيث قال في تقريره قوله في الكتاب : ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد الخ ، لأنه يصير قاذفا بالإجماع مع وجود هذا الاحتمال ، كما في نفي أجنبي نسبه عن أبيه المعروف ، ونقله من الإيضاح والمبسوط ، ثم نقل قول الشافعي كما في النهاية . ثم أورد صورة الأجنبية مقيسا له عليه . فقال : كما لو قال لأجنبية ليس هذا الولد من زوجك ولم يمنعه في جوابه بل ذكر في جوابه الفرق الذي ذكره في النهاية بين قوله لأجنبية وبين قوله لزوجته ، وهو تناقض ظاهر ومخالفا لما ذكره في الكتاب وغيره من المواضع كالإيضاح والمبسوط وغيرهما ، وما في كتاب الحدود فإنه قال : ومن نفى نسب غيره فقال لست لأبيك فإنه يحد ، قيل وذكر في جوامع الفقه وغيره : لو قال وجدت معها رجلا يجامعها ليس بقذف لها لأنه يحتمل الحل والجماع بشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغي أن يكون كذلك هنا : يعني في نفي نسب ولده من زوجته . أجيب عنه بأنا جعلناه كالتصريح بالزنا للضرورة التي بيناها . قلت : وعلى ما هو الحق فالجواب أن الجماع لا يستلزم الزنا ، بخلاف قطع نسبه من كل وجه على ما قررناه فإنه يستلزمه (قوله ويشترط طلبها) وبه قالت الأئمة الثلاثة لأنه أي اللعان حقها لأنه لدفع العار عنها فيشترط طلبها ، بخلاف ما إذا كان القذف بنفي الولد ، فإن الشرط طلبه لاحتياجه إلى نفي من ليس ولده عنه (فإن امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه) فيحد . وعند الشافعي : إذا امتنع حده حد القذف ، وكذا إذا لاعن فامتنعت عنده تحد حد الزنا ، وعندنا تحبس حتى تلاعن أو تصدقه فيرتفع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب ؛ لأن اللعان إنما يجب إذا أكذب كل الآخر فيما ادعاه . والأوجه كونه القذف فهو السبب والتكاذب شرط . وفي بعض النسخ :

بالاتفاق . قال شيخ الإسلام : والقياس ما قاله ، إلا أنا تركناه لضرورة في اللعان ، لأن الزوج قد يعلم أن الولد ليس منه بأن لم يطأها أو عزل عنها عزلا بينا ولكن لا يعلم أنه بزنا أو بوطء عن شبهة فاكتفى بنفي الولد حتى ينتفي عنه نسب الولد ، وهذه الضرورة معدومة في حق الأجنبي (ويشترط طلبها) بموجب القذف (لأنه حقها) لأنه باللعان يندفع عار الزنا عنها (فلا بد من طلبها كسائر الحقوق ، فإن امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه لأنه حق مستحق عليه وهو قادر على إيفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب) وفي نسخة : ليرتفع الشين ، ومعنى النسخة الأولى ليرتفع السبب : أي سبب اللعان : أي علته وهو التكاذب لأن اللعان إنما يجب إذا أكذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امرأته بالزنا ؛ وأما إذا أكذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المرأة في أنها لم تزن ولا يجرى اللعان بعد ذلك . وأما النسخة الأخرى فقيل إنها معتبرة على زعم أن سبب اللعان لا يرتفع بالإكذاب بل يتقرر ؛ ألا ترى أنه يجب عليه الحد بالإكذاب وهو الأصل في القذف لكن يرتفع الشين بالتكاذب ، ومن الناس من قال : أراد بالسبب الشرط لأن التكاذب شرط اللعان : قيل قوله وهو قادر على إيفائه احتراز عن المديون المفلس ، فإن الدين حق مستحق عليه

(ولو لاعن وجب عليها اللعان) لما تلونا من النص إلا أنه يبتدأ بالزوج لأنه هو المدعى (فإن امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه) لأنه حق مستحق عليها وهى قادرة على إيفائه فتحبس فيه (وإذا كان الزوج عبدا أو كافرا

فيرتفع الشين ، وهذا إذا اعترف بالقذف ، فلو أنكر فأقامت بينة قبلت ولزمه اللعان . وفى الجامع : لو مات الشاهدان أو غابا بعد ما عدلا لا يقضى باللعان وفى المال يقضى ، بخلاف ما لو عميا أو فسقا أو ارتدا حيث يلاعن بينهما ، وفى بعض نسخ القدورى : أو تصدقه فتحد وهو غلط ، لأن الحد لا يجب بالإقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة ، وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات لأن التصديق ليس بإقرار قصدا بالذات فلا يعتبر فى وجوب الحد بل فى درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ، ولو صدقته فى نفى الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما ، لأن النسب إنما ينقطع حكما للعان ولم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان فى إبطاله . وجه قول الشافعى أن الواجب بالقذف مطلقا الحد بعموم قوله تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ـ إلا أنه يتمكن من دفعه فيما إذا كانت المقذوفة زوجة باللعان تخفيفا عليه ، فإذا لم يدفعه به يحد ، ومثله فى المرأة إذا لم تلاعن بعد ما أوجب الزوج عليها اللعان بلعانه ، فإذا امتنعت حدت بالزنا ، ويشير إليه قوله تعالى ـ ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله ـ قلنا قوله تعالى ـ والذين يرمون أزواجهم ـ إلى قوله تعالى ـ فشهادة أحدهم أربع شهادات ـ أى فالواجب شهادة أحدهم وقد عرف أن فاء الجزاء يحذف بعدها المبتدأ كثيرا فأفاد أن الواجب فى قذف النساء اللعان ، فإما أن يكون ناسخا أو مخصصا لعموم ذلك العام للإجماع على أنه ليس بمنسوخ ، وعلى التقديرين يلزم كون الثابت فى قذف الزوجات إنما هو هذا فلا يجب غيره عند الامتناع عن إيفائه بل تحبس لإيفائه كما فى كل حق امتنع من هو عليه عن إيفائه لا يعاقب ليوفيه . والثابت عندنا أنه بطريق النسخ لأنه لم يقارن العام وهو مخصص أول ، وللعلم بتأخره على ما رووا أنه صلى الله عليه وسلم قال للذى قذف امرأته « ائت بأربعة شهداء وإلا فحد على ظهرك » فنزلت آية اللعان ، ولم يتعين كون المراد من العذاب فى الآية الحد لجواز كونه الحبس . وإذ قام الدليل على أن اللعان هو الواجب وجب حمله عليه . قيل : والعجب من الشافعى لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وإن كان عبدا فاسقا . وأعجب منه أنه يمين عنده وهو لا يصلح لإيجاب المال ولا لإسقاطه بعد الوجوب وأسقط به كل من الرجل والمرأة الحد عن نفسه وأوجب به الرجم الذى هو أغلظ الحدود على المرأة ، فإن قال : إنما وجب عليها لنكولها بامتناعها عن اللعان . قلنا : هو أيضا من ذلك العجب ، فإن كون النكول إقرارا فيه شبهة ، والحد مما يندفع بها مع أنه غاية ما يكون بمنزلة الإقرار مرة ، ثم إن عنده هذه الشبهة أثرت فى منع إيجاب المال مع أنه يثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم به وهو أغلظ الحدود وأصعب إثباتا وأكثر شروطا . وفى كافى الحاكم : إذا شهد الزوج وثلاثة نفر على امرأته بالزنا جازت شهادتهم فتحد هى ، وإن كان الزوج قذف وجاء بثلاثة نفر فشهدوا حد الثلاثة ولاعن الزوج (قوله أو كافرا)

لكنه غير قادر على إيفائه فلا يحبس (ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص) وهو قوله تعالى ـ فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ـ وقوله (إلا أنه يبتدأ بالزوج لأنه هو المدعى) بناء على أن اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعى والاستثناء بمعنى لكن كأنه استشعر أن يقال المتلو من النص لا يدل على المبدوء به فقال إلا أنه يبتدأ به . وقوله (فإن امتنعت) ظاهر (وإذا كان الزوج عبدا أو كافرا) بأن كانا كافرين فأسلمت المرأة وقذفها الزوج قبل

أو محدودا فى قذف فقذف امرأته فعليه الحد) لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار إلى الموجب الأصلى وهو الثابت بقوله تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ـ الآية ، واللعان خلف عنه (وإن كان من أهل الشهادة وهى أمة أو كافرة أو محدودة فى قذف أو كانت ممن لا يحد قاذفها) بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية (فلا حدّ عليه ولا لعان) لانعدام أهلية الشهادة وعدم الإحصان فى جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما إذا صدقته ، والأصل فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم : اليهودية والنصرانية تحت المسلم، والمملوكة تحت الحر ، والحرة تحت المملوك »

صورته ما إذا كان الزوجان كافرين فأسلمت هى فقذفها الزوج قبل عرض الإسلام عليه (قوله فيصار إلى الموجب الأصلى وهو الثابت بقوله تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ـ) يعنى الحد ، ولا تحرير فى هذا الكلام إلا أن يكون الموجب الأصلى هو الحدّ فى حق العموم ، وقد جعل له أن يسقطه باللعان كما قال الشافعى . وأما على ماقررنا من ثبوت نسخها فى قذف الزوجات فلا يكون للحد وجود فى قذفهن لارتفاع المنسوخ فلا يجوز المصير إليه فيهن لأنه مصير إلى غير حكمه . والدليل ينفيه . والحق فى التقرير أن يقال : النص إنما نسخ حكم الحدّ فى حق من كان من أهل الشهادة من الأزواج لا فى كل زوج لأن لفظة الناسخ ـ ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم ـ تفيد ذلك فيبقى العام موجبا حكمه وهو وجوب الحد فيمن لم يكن أهلا فيعمل بمقتضاه (قوله وإن كان) أى الزوج (من أهل الشهادة) وهى ليست من أهلها أو من أهلها إلا أنها لا يحد قاذفها بأن تكون قد زنت فى عمرها فلا حدّ ولا لعان . وهو ظاهر فيما إذا كانت لا يحد قاذفها ، أما إذا كانت ممن يحد قاذفها إلا أنها ليست من أهل الشهادة بأن تكون عفيفة محدودة فى قذف ؛ فقد يقال امتناع اللعان لعدم شرطه من أين يستلزم امتناع الحد والحال أنها ممن يحد قاذفها فصار كامتناع اللعان من جهة الزوج ولم يسقط الحد عنه . والجواب أن الزوج لما كان أهلا للعان بأن كان أهلا للشهادة لم يكن حكم قذفه إلا اللعان لا الحد . فإذا امتنع من جهتها امتنع تمام الموجب ، بخلاف ما إذا امتنع من جهته بعدم أهليته للشهادة فإن حكم قذفه ليس اللعان بل الحد لما بينا (قوله والأصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « أربعة لا لعان بينهم ») أخرج ابن ماجه فى سننه عن ابن عطاء عن أبيه عطاء الخراسانى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أربعة من النساء لا ملاعنة بينهم : النصرانية تحت المسلم ، واليهودية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحر ، والحرة تحت المملوك » وأخرجه

أن يعرض عليه الإسلام (أو محدودا فى قذف فقذف امرأته فعليه الحد لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته) لأنه ليس من أهل الشهادة (فيصار إلى الموجب الأصلى) وهو حد القذف (الثابت بقوله تعالى ـ والذين يرمون المحصنات ـ الآية) فإنه كان هو المشروع أوّلا ثم صار اللعان خلفا عنه فى قذف الزوج عند وجود الشرائط ، فإذا عدمت صير إلى الأصل . وقوله (وإن كان) هو (من أهل الشهادة) ظاهر . وقوله (والأصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم : اليهودية ، والنصرانية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحر ، والحرة تحت المملوك) قيل : وهذا الحديث لم يوجد له أصل فى كتب الحديث ، ولكن أبو بكر الرازى ذكره فى شرحه لمختصر الطحاوى بإسناده عن عبد الباقى إلى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبىّ صلى الله عليه وسلم

(قوله قيل هذا الحديث الخ) أقول : القائل هو الإتقانى .

ولو كانا محدودين فى قذف فعليه الحدّ لأن امتناع اللعان بمعنى من جهته إذ هو ليس من أهله

الدارقطنى عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصى عن عمرو بن شعيب ، وأخرجه بالطريق الأول أيضا وقال وتابعه : يعنى تابع عثمان بن عطاء الخراسانى يزيد بن زريع عن عطاء وهو أيضا ضعيف . وروى عن الأوزاعى وابن جريج وهما إمامان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قوله ولم يرفعاه ، ثم أخرجه كذلك موقوفا ثم أخرجه عن عمارة بن مطر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر نحوه وضعف رواته . وأنت علمت أن الضعيف إذا تعددت طرقه كان حجة ، وهذا كذلك خصوصا وقد اعتضد برواية الإمامين إياه موقوفا على جد عمرو بن شعيب ، على أن معنى الحديث المذكور مما يدل عليه آية اللعان على التقرير الذى ذكرناه من أنه شهادات إلى آخره (قوله ولو كانا محدودين فعليه الحد) لأن امتناع اللعان بمعنى من جهته ، وكذا إذا كان هو عبدا وهى محدودة فى قذف يحد لما ذكرنا ، بخلاف ما إذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وإن امتنع من جهته لأن قذف الأمة والكافرة لا يوجبه ، بخلاف قذف المحدودة إذا كانت عفيفة ، فإنه لو قذفها أجنبى يحد فكذا الزوج ، ولو قذف الكافرة أو الأمة أجنبى لا يحد فكذا الزوج ، فصار كما لو كانا صغيرين أو مجنونين . وعند الشافعى وغيره يلاعن فى الكل لأن كل من هو من أهل اليمين فهو أهل له ، إلا إذا كان أحدهم صغيرا أو مجنونا . قيل عليه كما أن امتناعه بمعنى من جهته كذلك هو بمعنى من جهتها ، فكان ينبغى أن تراعى الجهتان ، فباعتبار جهته ينبغى أن ينتفى اللعان فقط ، وباعتبار جهتها يسقط اللعان فيتبعه سقوط الحد . والجواب أن القذف يوجد أولا منه ، وهو مقتض للعان إن كان أهلا للشهادة ، والحد إن لم يكن ، وعدم أهليتها مانع ولا اعتبار للمانع إلا بعد وجود المقتضى لأن مفهوم المانعية يقتضى ذلك ، إذ حقيقته نسبته إلى المقتضى بالمنع ، ولا وجود لمقتضى اللعان فلا تعتبر المانعية من جهتها للعان ، والحد إنما يسقط بما من جهتها تبعا لسقوط اللعان ، ولم يعتبر المسقط المستتبع من جهتها فيبقى على ما كان وقد كان ثابتا فإن قذف الزوج موجب للحد

قيل : كفى بأبى بكر الرازى لعدالته وضبطه وفقهه مقتدى (ولو كانا محدودين فى قذف فعليه الحد) لأن امتناع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من أهل الشهادة . فإن قيل : هلا اعتبر جانبها أيضا وهى محدودة فى القذف درءا للحد ؟ أجيب بأن المانع عن الشىء إنما يعتبر مانعا إذا وجد المقتضى لأنه عبارة عما ينتفى به الحكم مع قيام مقتضيه ، وإذا لم يكن الزوج أهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان ، فلا يعتبر المانع والقذف فى نفسه موجب الحد فيحد ، بخلاف ما إذا وجد الأهلية من جانبه فإنه ينعقد قذفه مقتضيا له ، فإذا ظهر عدم أهليتها بكونها محدودة فى قذفه بطل المقتضى فلا يجب الحد لأنه لم ينعقد له بل انعقد للعان ولا لعان لبطلانه بالمانع . ونوقض بما لو قذف عبد امرأته وهى مملوكة أو مكاتبة فإنه لا حدّ عليه ولا لعان ، وعلى قود ما ذكرتم يجب عليه الحد لأنه ليس من أهل الشهادة فلم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فيجب أن يحد لأن القذف يوجبه . وأجيب بأن فى العبد شبهة الأهلية لأن له شهادة بعد العتق فاعتبرت درءا للحد وليس كذلك المحدود فى قذف .

(قوله يجب عليه الحد) أقول : كيف يجب الحد والمقذوفة غير محصنة ، بخلاف قذف المحدودة فى القذف فإنه لا ينافى الإحصان (قوله لأن له شهادة بعد العتق) أقول : فعلى هذا ينبغى أن لا يحد الزوج القاذف إذا كان عبدا وهى محدودة فى قذف مع أنه يحد إلا أنه كلام على السند الأخص صرح به ابن الهمام .

(وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ، ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، يشير إليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا . وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا) والأصل فيه ماتلوناه من النص . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لأنه أقطع للاحتمال . وجه ماذكر في الكتاب أن لفظة المغايبة إذا انضمت إليها الإشارة انقطع الاحتمال. قال **(وإذ التعنا لاتقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما)**

(قوله وصفة اللعان الخ) ظاهر في تعينه كذلك حتى لو أخطأ القاضي فبدأ بها قبله لايعتد بلعانها فتعيد بعده وبه قال الشافعي وأحمد وأشهب من المالكية . وفي البدائع : ينبغي أن يعيد اللعان عليها لأن اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج فلا يصح إلا بعد وجود شهادته . ولهذا يبتدأ بشهادة المدعي في باب الدعوى ، ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا . فإن لم يعد حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لأن تفريقه صادف محل الاجتهاد لأنه يزعم أن اللعان يمين لاشهادة ، ويجوز تقديم إحدى اليمينين على الأخرى كتحالف المتبايعين فإنه لايلزم مراعاة الترتيب . ومقتضاه لزوم الإعادة كقول الشافعي . لكن في الغاية لو بدأ بلعانها فقد أخطأ السنة ولا تجب إعادته وبه قال مالك وهو الوجه لأن النص أعقب الرمى بشهادة أحدهم وشهادتها الدارئة عنها بقوله ـ ويدرأ عنها العذاب أن تشهد ـ ولأن الفاء دخلت على شهادته على وزان ماقلنا في سقوط الترتيب في الوضوء من أنه عقب جملة الأفعال للقيام إلى الصلاة وإن كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظره ثمة .

[فروع] تذفها ثم طلقها بائنا سقط اللعان ولايجب الحد ، ولو تزوجها بعد ذلك لأن الساقط لايعود وهو قول الأئمة الأربعة ، ولو قذف أجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ثانيا وجب الحد بالأول واللعان بالثاني ويحد للأول ليسقط اللعان ، ولو طلبت اللعان أولا يلاعن ثم يحد ، بخلاف حدود القذف إذا اجتمعت فإنه يكفي حد واحد لاتحاد الجنس ، ولو قال قذفتك قبل أن أتزوجك أو زنيت قبل أن أتزوجك فهو قذف في الحال فتلاعن ، وقال مالك والشافعي يحد . وما في خزانة الأكمل من أنه يلاعن في قوله زنيت قبل أن أتزوجك ويحد في قوله قذفتك قبل أن أتزوجك أوجه قذفها ثم زنت أو وطئت بشبهة فلا حد ولا لعان ويسقط اللعان بردتها ، ولو أسلمت بعده لايعود ، ولو قذفها ثم أبانها يسقط اللعان ، ولو أكذب نفسه بعد ذلك لايحد بخلاف مالو أكذب نفسه بعد اللعان (قوله لأنه أقطع للاحتمال) أي لاحتمال أن يضمر مرجعا للضمير الغائب غيرها ، بخلاف الخطاب ، وتقول هي أيضا إنك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا ، والأولى أن يقيمهما القاضي متقابلين ويقول له التعن (قوله إذا انضمت إليه الإشارة انقطع الاحتمال) يعني انقطع احتمال ضمير الغائب لا أن المراد أن انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لأن الإشارة بانفرادها لا احتمال معها (قوله لاتقع الفرقة) حتى لو مات أحدهما قبل تفريق القاضي ورثه

قوله (وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي) صفة اللعان على ماذكره في الكتاب وهو واضح . وقوله (فإذا التعنا لاتقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما) يفيد أنه لو مات أحدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا

(قال المصنف : وتقول في الخامسة غضب الله عليها) أقول : قال الزيلعي : وإنما خصت المرأة بالغضب لأن النساء يستعملن اللعن كثيرا فلا تقع المبالاة به وتخاف من الغضب اهـ . في الحديث «أنهن يكثرن اللعان ويكفرن العشير» .

وقال زفر: تقع بتلاعنهما لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث . ولنا أن ثبوت الحرمة يفوّت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم ، دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي صلى الله عليه وسلم : كذبت عليها يارسول الله إن أمسكتها ، هي طالق ثلاثا ، قاله بعد اللعان (وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد) رحمهما الله لأن فعل القاضي انتسب إليه كما فى العنين

الآخر ، ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة بما لايرجى زواله بأن أكذب نفسه أو قذف أحدهما إنسانا فحد للقذف ، أو وطئت هي وطأ حراما أو خرس أحدهما لم يفرق بينهما ، بخلاف ما إذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما لأنه يرجى عود الإحصان ، ولو ظاهر منها فى هذه الحالة أو طلقها أو آلى منها صح لبقاء النكاح غير أن وطأها محرم كما ستعلم ، ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانهما ثلاثا خطأ نفذ تفريقه عندنا ، وعند زفر وبقية الأئمة لاينفذ (قوله بالحديث) يشير به إلى حديث «المتلاعنان لايجتمعان أبدا» فإنه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان كما هو المعروف من أن ترتيب الحكم على مشتق يفيد أن مبدأ اشتقاقه علة له ، وسيأتى الكلام على هذا الحديث . وقال الشافعي رحمه الله : بمجرد لعان الزوج تثبت الفرقة بينهما ، ولا نعلم له فى ذلك دليلا مستلزما لوقوع الفرقة بمجرد لعانه . قيل وينبغي على هذا أن لا تلاعن المرأة أصلا لأنها ليست زوجة ، والتمسك بمروى زفر إنما يفيد حرمتها بلعانهما لابلعان أحدهما ، وهذا لأن حقيقته حال اشتغالهما باللعان وهو لايدخل فى الوجود جملة بل على

(وقال زفر: تقع الفرقة بتلاعنهما لأنه يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث) يعني قوله صلى الله عليه وسلم « المتلاعنان لايجتمعان أبدا » نفى الاجتماع بعد التلاعن ، وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن (ولنا قوله تعالى ـ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ـ) ووجه الاستدلال (أن ثبوت الحرمة يفوّت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بإحسان ، فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم) وقوله (دل عليه) أى على أن لاتقع الفرقة حتى يفرق القاضي ، ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل . وقوله (قول ذلك الملاعن) يريد به عويمرا العجلاني فإنه قال عند النبي صلى الله عليه وسلم بعد اللعان : كذبت عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثا ، ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم ، ولو وقعت الفرقة بينهما لأنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم . فإن قيل : قد أنكر عليه بقوله « اذهب فلا سبيل لك عليها » أجيب بأن ذلك منصرف إلى طلبه رد المهر ، فإنه روى أنه قال : « إن كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها ، وإن كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها » . والجواب عن استدلال زفر بالحديث يجيء (ثم إذا فرق الحاكم تكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد لأن فعل القاضي انتسب إليه لنيابته عنه كما فى العنين)

(قوله يعني قوله صلى الله عليه وسلم « المتلاعنان لايجتمعان أبدا » نفى الاجتماع) أقول : هذا دليل آخر غير ماذكره المصنف كما لايخفى (قوله وهو تنصيص الخ) أقول: يعني نفى الاجتماع كالتنصيص ، فإن نفى الاجتماع يستلزم الافتراق (قوله ووجه الاستدلال ، إلى قوله : ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل) أقول : فيه بحث ، فإن زفر يقول : ثبت التسريح بنفس التلاعن إلا أن يحمل كلامهما على المنع المستند يعني لانسلم أن ثبوت الحرمة يستلزم ثبوت الفرقة كما فى الظهار بل يستلزم فوات الإمساك بالمعروف ، وإذا حمل على ماذكرنا يظهر وجه ترك المصنف لفظة أيضا لعدم وفاء ما تقدمه بالمطلوب فتأمل (قال المصنف : دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام) أقول : فيه بحث فإن الثابت منه صلى الله عليه وسلم تقرير الملاعن على قوله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا (قوله أجيب بأن ذلك منصرف إلى رد المهر الخ) أقول: الذى فى كتب الحديث أن قوله صلى الله عليه وسلم « لاسبيل لك عليها » إنما هو قبل سؤاله المهر ، ولايكون الجواب قبل السؤال (قال المصنف لأن فعل القاضي انتسب إليه) أقول : فعله هو التفريق المقرون بالحرمة وذلك هو معنى البائن ، وسيجيء وجه آخر فى باب العنين .

التعاقب فتعذر إرادتها ، وأقرب الأوقات إلى حقيقة مايعقب فراغهما من غير مهلة فاعتبرناه وبه نقول ، وليس بلازم من حرمتها وقوع الفرقة ، وما ذكروه من المعنى وهو أنهما لايأتلفان بعد اللعن فليس بقطعى فى ذلك بل ولا ظاهر ، بل يجوز حدوث الألفة بعد غاية العداوة كما يجوز بقاء العداوة ، ولو كان ظاهرا لم يقتض وقوع الفرقة بل يوجب عليه التسريح بإحسان ، فإنه بثبوت الحرمة فات الإمساك بمعروف فيؤمر بالتسريح بإحسان ، كما فيما إذا ثبتت الحرمة بالظهار فإنها إذا طالبته أمره القاضى بالتسريح أو التكفير إلا أن الظلم هنا لاينتهى بكل من الأمرين بل بأمر واحد هو الطلاق فينحصر أمره فيه ، فإذا امتنع ناب منابه لأنه نصب لدفع الظلم ، ويدل على هذا ما فى الصحيحين عن ابن عمر « أن رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بأمه » وما أخرجاه أيضا فى حديث عويمر العجلانى « لما فرغا من لعانهما قال عويمر : كذبت عليها يارسول الله إن أمسكتها ، فطلقها عويمر ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم » . وهو الذى عنى المصنف بقوله يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لذلك الملاعن إلى آخره ، لكن الصواب ماعلمت أن القائل هو الرجل نفسه وكذبت بضم التاء على المتكلم . قال ابن شهاب : فكانت سنة المتلاعنين . ورواه أبو داود وقال : فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان ماصنع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة . قال سهل : حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فمضت السنة بعد فى المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لايجتمعان أبدا . قال البيهقى : قال الشافعى : إن عويمرا حين طلقها ثلاثا كان جاهلا بأن اللعان فرقة فصار كمن شرط الضمان فى السلف وهو يلزمه شرط أو لم يشرط ، وتفريق النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر تفريق حكم لا لفرقة الزوج . وقول الزهرى وسهل : فكانت سنة المتلاعنين : أى الفرقة . قال البيهقى : والذى يدل على ذلك ما أخرجه أبو داود فى سننه عن ابن عباس رضى الله عنهما فى قصة هلال بن أمية ولعانه قال : « وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ليس لها عليه قوت ولا سكنى من أجل أنهما يفترقان بغير طلاق ولا متوفى عنها » وأجيب بأنه لو وقعت الفرقة بمجرد اللعان لأنكر عليه النبى صلى الله عليه وسلم تطليقه ، وقوله صلى الله عليه وسلم « لاسبيل لك عليها » إنما هو إنكار طلب ماله منها على مايدل عليه تمام الحديث وهو قوله « يارسول الله مالى ، قال : لا مال لك ، إن كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها ، وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها » فدل تفريقه صلى الله عليه وسلم على وقوع الطلاق ، فلا يعارضه قول ابن عباس رضى الله عنهما من أجل أنهما يفترقان بغير طلاق فإنه من قوله . وقد يقال ليس هذا مما يكون ترك الإنكار فيه حجة لأنا لم ندع فيه أنه محرم حتى يكون ترك الإنكار فيه حجة علينا ، إنما ادعينا أنه وقع لغوا فالسكوت عدم الالتفات إليه . ويجاب بأنه يستلزم مفسدة حينئذ لأن السكوت يفيد تقريره وأنه الواقع ، فلو كان الواقع وقوع الفرقة قبله كان السكوت مفضيا إلى المفاسد لأنه يفيد تقرير وقوعه الآن فيستلزم فيما لو فرض عدم طلاقه أو تأخيره الطلاق حتى اعترض موت أحدهما أو تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق القاضى حتى ظن حلها فيجامعها قبل تجديد النكاح وتوريث الآخر ، والواقع أن الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الإفضاء إلى مثل هذا ، فإن دفع بأن المدة التى يتوهم فيها وقوع الموت يسيرة جدا إذ الفرض أن بمجرد الفراغ عندنا يأمره القاضى أن يطلق ، فإن أبى طلق هو والموت فى مثلها أندر نادر . قلنا : ولو كان لايجوز لأنه ترك هو علامة حكم وليس هو مشروعا ، وأيضا فحديث ابن عمر فإنه قال فيه فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم : يعنى أمضى ذلك الطلاق ، وهو حجة على من قال : إن الطلاق الثلاث لايقع أو تقع واحدة ؛ ثم هو أولى من حديث ابن عباس لأنه رفع إمضاءه

(وهو خاطب إذا أكذب نفسه) عندهما . وقال أبو يوسف : هو تحريم مؤبد لقوله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لايجتمعان أبدا » نص على التأبيد . ولهما أن الإكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لاحكم لها ، ولا يجتمعان ماداما متلاعنين ، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب فيجتمعان .

صلى الله عليه وسلم الطلاق ، وذلك إنما يكون بمفهم اعتبار ذلك منه صلى الله عليه وسلم (قوله وهو خاطب الخ) يعنى إذا أكذب نفسه بعد اللعان والتفريق وحد أو لم يحد صار خاطبا من الخطبة يحل له تزوجها خلافا لأبى يوسف ، ولو أكذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح كذا فى الغاية . ولو أكذب نفسه قبل اللعان نظر ، فإن لم يطلقها قبل الإكذاب حد أيضا ، وإن أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد عليه ولا لعان لأن اللعان أثره التفريق بينهما وهو لايتأتى بعد البينونة ، ولا يجب الحد لأن قذفه وقع موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد لأن القذف الواحد لايوجب حدين ، بخلاف إكذاب نفسه بعد اللعان لأن حده حينئذ للقذف الذى تضمنه كلمات اللعان لا القذف الأول لأنه أخذ حكمه من اللعان ، ولذا يحد شهود الزنا إذا رجعوا لتضمن شهادتهم نسبته إلى الزنا ، وعلى هذا لوقال يازانية أنت طالق ثلاثا لايجب عليه الحد ولا اللعان لأنه قذفها وهى زوجة ثم بانت ، ولو قال أنت طالق ثلاثا يازانية حد ، وكما تحل له بإكذاب نفسه بعد اللعان كذلك تحل له لو قذفت شخصا أجنبيا بعده فحدت أو قذف هو أجنبيا فحد أو زنت أو ارتد أحدهما حتى خرج بذلك أحدهما من أن يكون أهلا للشهادة لارتفاع السبب الذى لأجله افترق المتلاعنان ، وهو على ما قالوا أنه كى لايتكرر اللعان بأن يقذفها مرة أخرى وهو لم يشرع بين الزوجين إلا مرة فى العمر أو يخلو القذف عن الموجب فى الدنيا ، فبخروج أحدهما عن الأهلية وقع الأمن من ذلك . وقال أبو يوسف رحمه الله : إذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان أبدا ، فيثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع . وبه قالت الأئمة الثلاثة . وإذا كانت حرمة مؤبدة لاتكون طلاقا بل فسخا ، ويلزم على قول أبى يوسف أنه لايتوقف على تفريق القاضى لأن الحرمة ثابتة قبله اتفاقا ، وكذا الخلاف فى كون الزوجية قائمة معها كما تكون بالظهار أو زالت ، فإذا فرض أن هذه الحرمة من حين تثبت تثبت مؤبدة لم يتصور توقفها على تفريق القاضى . واستدلوا بالحديث المذكور فى الكتاب . وروى الدارقطنى بسنده من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المتلاعنان إذا افترقا لايجتمعان أبدا » وقد طعن الشيخ أبو بكر الرازى فى ثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لكن قال صاحب التنقيح : إسناده جيد. ومفهوم شرطه يستلزم أنهما لايفترقان بمجرد اللعان للمتأمل ، فهو حجة على الشافعى على مقتضى رأيه. وأخرجه الدارقطنى أيضا موقوفا عن على وابن مسعود قالا : « مضت السنة المتلاعنان لايجتمعان أبدا » . وروى عبدالرزاق عن عمر

وقوله (وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما) مسئلة مبتدأة (وقال أبو يوسف هو) أى الثابت باللعان (تحريم مؤبد لقوله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لايجتمعان أبدا ») نص على التأبيد وهو ينافى عوده خاطبا (ولهما أن الإكذاب) أى الإقرار بالكذب (رجوع عن الشهادة) والرجوع عنها يبطل حكمها ، ولا منافاة بين نص التأبيد والعود خاطبا لأن معناه لايجتمعان ماداما متلاعنين ؛ لأنهما يكونان متلاعنين ، إما حقيقة بمباشرتهما اللعان، أو مجازا باعتبار بقاء حكمه ، ولم يبق شىء بعد الإكذاب ، أما حقيقة فظاهر ، وأما حكما فلأنه لما أكذب نفسه

(قوله لأنهما يكونان متلاعنين) أقول : الأظهر أن يقول : وكونهما متلاعنين الخ

(ولو كان القذف بولد نفى القاضى نسبه وألحقه بأمه) وصورة اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول : أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميتك به من نفى الولد ، وكذا فى جانب المرأة (ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر فى اللعان الأمرين ثم ينفى القاضى نسب الولد ويلحقه بأمه) لما روى « أن النبى عليه الصلاة والسلام نفى ولد امرأة هلال

وابن مسعود: «المتلاعنان لايجتمعان أبدا» . ورواه ابن أبى شيبة موقوفا على عمر وابن عمر وابن مسعود . أجاب المصنف بقوله : ولا يجتمعان ماداما متلاعنين ، ولم يبق التلاعن ولا حكمه : يعنى أن الحكم فى هذه القضية بعدم الاجتماع بشرط وصفية الموضوع فهى القضية المسماة بالمشروطة ، ولم يبقيا بمجرد الفراغ من اللعان متلاعنين فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكما بالإكذاب لنفسه لثبوت النسب إن كان القذف بنفى الولد ولزوم الحد . وحكمه عدمه فقد انتفت اللوازم الشرعية ، وذلك يستلزم انتفاء ملزومها شرعا فينتفى الحكم المذكور وهو عدم حل الاجتماع فثبت نقيضه وهو حل الاجتماع ، وهذا بناء على أن المراد بلفظ المتلاعنين من بينهما تلاعن قائم حكما لما قدمناه من أن إرادتهما باعتبار قيام التلاعن حقيقة متعذر ، ولا شك أنه يثبت قيام التلاعن حكما بتقدير أن يراد من وجد بينهما تلاعن فى الخارج ، وعلى هذا التقدير لايجتمعان بعد الإكذاب إذ ارتفاع حكمه وقطع اعتباره قائما شرعا عند الإكذاب لايوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود فى الخارج ، ولكن بقى النظر فى أى الاحتمالين أرجح ، وأظن أن الثانى أسرع إلى الفهم ، والله أعلم . وأما ما استدل به من المعنى وهو لزوم العداوة والضغينة بحيث يمتنع حصول الانتظام فقدمنا منعه ، وما ذكره بعضهم من أنه سبب تأبد الحرمة كون أحدهما صار ملعونا أو مغضوبا عليه فما أبعده عن الفقه . إذ لاشك فى بقاء إسلام كل منهما غير أنه صنع كبيرة تصح منها التوبة بفضل ذى الفضل جل جلاله ، وهذا القدر لايمنع التناكح (قوله ولو كان القذف بولد نفى القاضى نسبه وألحقه بأمه) شرط هذا الحكم أن يكون العلوق فى حال يجرى بينهما فيه اللعان ؛ حتى لو علق وهى كافرة أو أمة ثم عتقت وأسلمت فنفى نسب ولدها لا ينتفى ولا تلاعن لأن انتفاءه إنما يثبت شرعا حكما للعان ولا لعان بينهما ، ولأن نسبه كان ثابتا على وجه لايمكن قطعه فلا ينقطع ، والله أعلم . وفى الذخيرة لايشرع اللعان بنفى الولد فى المجبوب والخصى ومن لا يولد له ولد لأنه لايلحق به الولد ، وفيه نظر لأن المجبوب ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ماهو المختار ، ولا لعان فى القذف بنفى الولد فى نكاح فاسد . وعند الشافعى وأحمد يجب اللعان به ، وكذا فى نفيه من وطء بشبهة . وعند أبى يوسف فيهما الحد واللعان لأنه يلحقهما بالنكاح الصحيح . وفى الذخيرة : قذفها بنفى ولدها فلم يلتعنا حتى قذفها أجنبى به فحد الأجنبى يثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفى بعد ذلك لأنه لما حد قاذفها حكم بكذبه (قوله وصورة اللعان) أى فى القذف بنفى الولد (قوله لما روى أنه صلى الله عليه وسلم نفى نسب ولد امرأة هلال)

وجب عليه الحد فبطلت أهلية اللعان ، وإذا بطلت الأهلية ارتفع حكمه فيجتمعان (ولو كان القذف بولد نفى القاضى النسب من الأب وألحقه بأمه) وصورة اللعان فى ذلك أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله الخ وهو

(قوله وجب عليه الحد) أقول : يعنى بكلمات اللعان كما يجىء (قوله فبطلت أهلية اللعان الخ) أقول : بطلان أهلية اللعان إنما يكون بإقامة الحد عليه لابوجوبه فقط ، والأصوب طرح لفظة الأهلية من البين فليتأمل ، ويجىء بعد سطور ما يفهمك ما قلت وما غير الشارح إلا قول المصنف فى تعليل قول القدورى : فإن عاد الزوج وأكذب نفسه الخ إلا أن وضع المسألة هناك فيما إذا أكذب نفسه بعد إقامة الحد عليه وهنا ليس كذلك ، وبهذا يظهر أنه لاتكرار .

ابن أمية عن هلال وألحقه بها » ولأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ،

قيل إنه غلط ، فإنه لم يكن لامرأة هلال ولد ولا قذفها بنفي ولد . وقيل المراد بنسب ولدها الذى أتت به فإنها حملت من الوطء الذى قذفها به ، والحديث فى البخارى وأبى داود تختلف ألفاظهما وتتفق . عن ابن عباس قال : «جاء هلال بن أمية من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا ، فرأى ذلك بعينيه وسمع بأذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله إنى جئت أهلى عشاء فوجدت عندهم رجلا ، فرأيت بعينى وسمعت بأذنى ، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت ـ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ـ الآية فسرّى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: أبشر ياهلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا ، قال هلال : قد كنت أرجو ذلك من ربى سبحانه وتعالى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أرسلوا إليها فجاءت ، فتلا عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم الآية وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا ، وقال هلال : والله لقد صدقت عليها ، فقالت كذبت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاعنوا بينهما ، فشهد هلال أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، فلما كانت الخامسة قيل له اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه هى الموجبة التى توجب عليك العقاب ، فقال والله لايعذبنى الله عليها كما لم يجلدنى الله عليها ، فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، ثم قيل لها اشهدى ، فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، فلما كانت الخامسة قيل لها اتقى الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه هى الموجبة التى توجب عليك العقاب ، فتلكأت ساعة ثم قالت : والله لا أفضح قومى ، فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به ، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ، وقضى أن لايدعى ولدها لأب ولا ترمى ولا يرمى ولدها ، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد ، وقضى أن لايثبت لها عليه سكنى ولا قوت من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن جاءت به أصيهب أو أريصح أثيبج ناتئ الأليتين حمش الساقين فهو لهلال ، وإن جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الأليتين فهو للذى رميت به ، فجاءت به أورق إلى آخر الأوصاف الثانية ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لولا الأيمان لكان لى ولها شأن» . قال عكرمة : وكان ولدها بعد ذلك أميرا على مصر وما يدعى لأب ، هذه فى لفظ أبى داود . وفى رواية أخرى : «سائر اليوم لا أفضح قومى» . وفى مسلم والنسائى عن أنس« أن هلال بن أمية . قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان أخا البراء بن مالك لأمه ، وكان أول رجل لاعن فى الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انظروها فإن جاءت به أبيض سبطا قضئ العينين فهو لهلال بن أمية . وإن جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك ابن سحماء ، قال : فأنبئت أنها جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين» . فهذا وماقبله يدل على أنها كانت حاملا وقطع نسب الولد الذى تأتى به . وفى سنن النسائى أيضا عن ابن عباس رضى الله عنهما« أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلانى وامرأته وكانت حبلى . وأخرجه عبد الرزاق هكذا أيضا . وقال زوجها : ماقربتها منذ

ظاهر (وقوله ولأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد) حيث كان القذف به (فيوفر عليه) أى على الزوج مقصوده ،

(قوله فيوفر عليه أى على الزوج مقصوده) أقول : وعندى أن مرجع الضميرين البارزين هو اللعان والإضافة لأدنى ملابسة .

فيتضمنه القضاء بالتفريق . وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق ويقول : قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب لأنه ينفك عنه فلا بد من ذكره (فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي) لإقراره بوجوب الحدّ عليه

عفار النخل ، وعفار النخل أنها كانت لاتسقّى بعد الإبار بشهرين ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اللهم بين ، فجاءت بولد على الوجه المكروه . وروى ابن سعد فى الطبقات فى ترجمة عويمر عن عبد الله بن جعفر قال : «شهد عويمر بن الحرث العجلانى وقد رمى امرأته بشريك بن سحماء وأنكر حملها فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى حامل ، فرأيتهما يتلاعنان قائمين عند المنبر ، ثم ولدت فألحق الولد بالمرأة وجاءت به أشبه الناس بشريك بن سحماء ، وكان عويمر قد لامه قومه وقالوا امرأة لانعلم فيها إلا خيرا ، فلما جاء الشبه بشريك عذره الناس ، وعاش المولود سنتين ثم مات ، وعاشت أمه بعده يسيرا ، وصار شريك بعد ذلك عند الناس بحال سوء» . قال الواقدى : وحدثنى غير الضحاك بن عثمان أن عويمرا فساق الحديث ، إلى أن قال : ولم يحد رسول الله صلى الله عليه وسلم عويمرا فى قذفه شريك بن سحماء . وشهد عويمر بن الحرث وشريك بن سحماء أحدا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ففى هذا أن الولد عاش سنتين ومات ونسبه مانسب فى قصة هلال إلى شريك إليه أيضا فى قصة عويمر . قيل ويجمع بينهما بأنهما واقعتان وفى النفس منه شيء . وفى الصحيحين أيضا فى قصة هلال عن ابن عباس « فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اللهم بين فوضعت شبيها بالذى ذكر زوجها أنه وجد عند أهله ، فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم » وفى هذا أن اللعان بينهما كان بعد الوضع وفيما تقدم خلافه وهذا تعارض (قوله فيتضمنه القضاء الخ) أى يثبت قطع النسب فى ضمن القضاء بالتفريق (قوله وعن أبى يوسف أن القاضي يفرق الخ) أى لايثبت قطع النسب ضمنا للتفريق ، لأنه : أى التفريق باللعان (قوله ينفك عنه) أى عن نفى الولد ، كما لو مات الولد قبل اللعان فإنه يفرق بينهما باللعان ولا ينقطع نسب ذلك الولد ، ولو نفى نسب أم الولد انتفى الولد ولا لعان ولاتفريق به (قوله فلابد من ذكره) حتى لو لم يقله لاينتفى النسب عنه . قال شمس الأئمة : هذا صحيح ، ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لايثبت نسبه ويحدّ ، فلو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الأب وورثه الأب لاحتياج الحيّ إلى النسب ، ولو ترك بنتا ولها ابن فأكذب الملاعن نفسه يثبت نسبه عند أبى حنيفة خلافا لهما . وقيل الخلاف على العكس . له أن الابن يعير بانتفاء نسب أمه كأبيه فهو محتاج إلى ثبوت نسبها (قوله فإن عاد الزوج فأكذب نفسه) أى بعد اللعان ونفى الولد

فالقضاء بالتفريق يكون متضمنا لنفيه فلا يحتاج أن ينفى القاضى نسبه ويلحقه بأمه (وعن أبى يوسف أن القاضى يفرق بينهما ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب) حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه (لأنه) أى نفى الولد (ينفك عنه) أى عن التفريق ، إذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفى الولد كما لو مات الولد فإنه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفى النسب عنه فلا بد أن يصرح القاضى بنفى النسب عنه . رواه بشر عن أبى يوسف (فإن عاذ الزوج وأكذب نفسه) بعد اللعان(حده القاضى لإقراره بما يوجب الحد عليه) قال فى النهاية : هذا إذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف ، فإنه إذا أكذب نفسه بعد القذف والبينونة لايجب عليه الحد واللعان ، أما اللعان فلأن المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتأتى ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان لفوات المقصود ، ولا حدّ عليه لأن

(قال المصنف فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضى) أقول : فى النهاية إذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف اه . يعنى بعد القذف قبل اللعان (قوله قال فى النهاية : هذا إذا لم يطلقها) أقول : لامعنى لهذا الكلام بعد تقييد المسألة بقوله بعد اللعان .

(وحل له أن يتزوّجها) وهذا عندهما لأنه لما حد لم يبق أهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم (وكذلك إن قذف غيرها فحدّ به) لما بينا (وكذا إذا زنت فحدت) لانتفاء أهلية اللعان من جانبها (وإذا قذف امرأته وهى صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما) لأنه لا يحد قاذفها لو كان أجنبيا ،

(قوله وهذا عندهما) أى عند أبى حنيفة ومحمد على ماسبق (قوله وكذلك إن قذف غيرها الخ) على وزان ما قدمنا فى زوال الأهلية بعد اللعان بالقذف بمجرد الزنا (قوله وكذا إذا زنت فجدت) قيل لا يستقيم لأنها إذا حدّت كان حدّها الرجم فلا يتصور حلها للزوج بل بمجرد أن تزنى تخرج عن الأهلية ولذا أطلقنا فيما قدمناه. ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبت غيرها للزنا وهو معنى القذف ، فيستقيم حينئذ توقف حلها للأوّل على حدها لأنه حد القذف ؛ وتوجيه تخفيفها أن يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت ، فإن حدّها حينئذ الجلد لا الرجم لأنها ليست بمحصنة . واستشكل بأن زوال أهلية الشهادة بطروّ الفسق مثلا لا يوجب بطلان ماحكم به القاضى عنها فى حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع فى حال الأهلية ليبطل أثره من الحرمة (قوله ولو قذفها وهى صغيرة أو مجنونة) قذفا مقتصرا (فلا لعان) وكذا لو أسند القذف وهى ممن يحد قاذفها فى الحال بأن قال زنيت وأنت صبية أو مجنونة وجنونها معهود لم يكن قذفا فى الحال لأن فعلها لا يوصف بالزنا ، بخلاف قوله زنيت وأنت ذمية أو منذ أربعين سنة وعمرها أقل من ذلك فإنه يقتصر (قوله لأنه) أى اللعان يتعلق بالصريح

قذفه كان موجبا للعان ، والقذف الواحد لا يوجب حدين ، بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد مالاعنها لأن وجوب اللعان هنالك بأصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها إلى الزنا وانتزع معنى الشهادة منها بإكذابه نفسه ، فيكون هذا نظير شهود الزنا إذا رجعوا ، وأما فيما قلنا فلم يوجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد وإن أكذب نفسه ، فلو قال أنت طالق ثلاثا يا زانية كان عليه الحدّ لأنها بانت بالتطليقات الثلاث ، وإنما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد ، ولو قال يازانية أنت طالق ثلاثا لم يلزمه حد ولا لعان لأنه قذفها وهى منكوحته ثم أبانها بالتطليقات . وقد بينا أنه بعد قذفها إذا أبانها لم يلزمه حد ولا لعان ، كذا فى المبسوط (وقوله وحل له أن يتزوّجها) تكرار لقوله وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما ، ويجوز أن يقال ذكر هناك تفريعا ونقل ههنا لفظ القدورى . وقوله (وكذلك إن قذف غيرها فحدّ به) يعنى جاز له أن يتزوّجها . وقوله (لما بينا) يريد به قوله لأنه لما حد لم يبق أهلا للعان (وكذا إذا زنت فحدّت) له أن يتزوّجها (لانتفاء أهلية اللعان من جانبها) فإن قيل : لما جرى اللعان بينهما علم أنهما زوجان على صفة الإحصان . والمرأة والرجل إذا زنيا بعد إحصانهما رجما فحينئذ كان قوله فحدّت معناه رجمت ، فبعد ذلك أنى تبقى محلا للتزوّج ؟ أجيب بأن معنى قوله حدّت جلدت ، وتصوير المسئلة أن يتلاعنا بعد التزوّج قبل الدخول ثم إنها زنت بعد اللعان فكان حدها الجلد دون الرجم لأنها ليست بمحصنة لأن من شروط إحصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد . قال (وإذا قذف امرأته وهى صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما لأنه لا يحد قاذفها لو كان القاذف أجنبيا) لعدم إحصانهما ، لأن من شرطه

(قوله بخلاف مالو أكذب نفسه بعد مالاعنها) أقول : وأما إذا أكذب نفسه قبل التطليق واللعان فإنه يحد ، إذ حينئذ ينقلب قذفه سببا للحد لتعذر اللعان من جهته ، ولا مجال لذلك المقال إذا أكذب بعد التطليق لأن المقصود باللعان لما حصل كأنه حصل نفسه فيقرر سببية اللعان تأمل والله المستعان ، وبعبارة أخرى تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصير إلى الموجب الأصلى كما سبق ، وفى الإكذاب بعد التطليق حصل المقصود بالخلف فلا يصار إلى الأصل (قوله تكرار لقوله) أقول : وفيما قدمنا فى أول هذا الورق ماينبهك على أنه لا تكرار .

فكذا لايلاعن الزوج لقيامه مقامه (وكذا إذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا) لعدم أهلية الشهادة (وقذف الأخرس لايتعلق به اللعان) لأنه يتعلق بالصريح كحد القذف ، وفيه خلاف الشافعي ، وهذا لأنه لايعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها (وإذا قال الزوج ليس حملك منى فلا لعان بينهما) وهذا قول أبي حنيفة وزفر لأنه لايتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا . وقال أبو يوسف ومحمد: اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر وهو معنى ماذكر في الأصل ، لأنا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف. قلنا : إذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كأنه قال : إن كان بك حمل فليس مني . والقذف لايصح تعليقه بالشرط (وإن قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا) لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا (ولم ينف القاضي الحمل) وقال الشافعي : ينفيه لأنه عليه الصلاة والسلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا .

كحد القذف ، ولأنه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة ، فلوقال أحلف مكان أشهد لايجوز ولا شهادة للأخرس في الأموال فههنا أولى . وكذا إذا كانت خرساء لالعان لأن قذفها لايوجب الحد لاحتمال أنها تصدقه ، أولتعذر الإتيان بلفظ الشهادة (قوله وفيه خلاف الشافعي) ومالك والظاهرية فيلاعن بالإشارة عندهم اعتبروه بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر تصرفاته . وقالوا : إن أمامة بنت أبي العاص أصمتت ، فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا فأشارت : أي نعم فرأوا أنها وصية . قلنا : لم يثبت ذلك ، ولو ثبت فتجويز الوصية ممن اعتقل لسانه بالإشارة لايستلزم جواز حده بها فلا يجوز اللعان لأن الإشارة لاتعرى عن الشبهة والحد يندرئ بها ، بخلاف غيره فإنه يثبت معها (قوله وهذا قول أبي حنيفة وزفر) وبه قال أحمد والثوري والحسن البصري والشعبي وابن أبي ليلى وأبو ثور ، وبقولهما قال مالك وأبو حنيفة أولا (قوله وقال أبو يوسف ومحمد : اللعان يجب الخ) يعني وقت الوضع إذا وضعته لأقل من ستة أشهر من وقت القذف للتيقن بقيام الحمل عند القذف . وذكر الطحاوي عن أبي يوسف أنه يلاعن قبل الولادة كقول الشافعي لحديث هلال بن أمية أنه صلى الله عليه وسلم لاعن بينهما وكان قذفها حاملا على ماتفيده القصة التي ذكرناها (قوله يصير كالمعلق) كأنه قال إن كان في بطنك ولد فهو من الزنا . ولو قاله لايلزمه الحد فكذا مابمعناه . وإن لم يكن حقيقة المعلق إذ بالولادة يظهر أنه كان قذفا منجزا لكن فيه شبهة التعليق إذ في كل موقوف شبهة التعليق إذ لايعرف حكمه إلا بعاقبته فهو كالشرط في حقنا ، وشبهة التعليق كحقيقته فيما يندرئ بالشبهات . وبثبوت الشبهة امتنع لعانها حاملا عندنا لأن الحمل وإن ترتب عليه أحكام كرد المبيعة به والإرث له والوصية به وله فلا يثبت مع الشبهة وهلال لم يكن قذفها بنفي الحمل بل بالزنا ، قال : وجدت شريك بن سحماء على بطنها يزني بها . وقوله صلى الله عليه وسلم « انظروا فإن جاءت به كذا » إلى

البلوغ والعقل (فكذا لايلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف ، وكذا إذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا لعدم الأهلية) لكونه غير مخاطب (وقذف الأخرس لايتعلق به اللعان) لأنه قائم مقام حد القذف وحد القذف لايثبت إلا بالصريح فكذلك اللعان (وفيه خلاف الشافعي) هو يقول إشارة الأخرس كعبارة الناطق (ولنا أن الإشارة لاتعرى عن الشبهة) لكونها محتملة (والحدود تندرئ بالشبهات) واللعان في معنى الحد . وقوله (وإذا قال الزوج ليس حملك مني) ظاهر ، والضمير في قوله بقيام الحمل عنده للقذف . وقوله (والقذف لايصح تعليقه بالشرط) إنما كان كذلك لأن القذف مما لايحلف به لإفضائه إلى إبقائه إلى زمان وجود الشرط في ذمة الحالف ، وفي ذلك احتيال لإثبات مايندرئ بالشبهات (وإن قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا) ظاهر . وقوله (وقد قذفها حاملا)

ولنا أن الأحكام لاتترتب عليه إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله ، والحديث محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحى (وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أوفى الحالة التى تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح

آخر ماقدمنا فانظره كان إما لعلمه صلى الله عليه وسلم بحملها من طريق الوحى أو لأن اللعان تأخر حتى ظهر الحمل ، وكذا أنكر أحمد بن حنبل لعان هلال بالحمل قاله ابن الجوزى، على أن كون لعانهما كان قبل الوضع معارض ، فقد قدمنا فى الصحيحين عن ابن عباس مايفيد أنه كان بعد وضعها ، وهوقوله « فقال صلى الله عليه وسلم : اللهم بين ، فوضعت شبيها بالذى ذكر زوجها أنه وجده عند أهله ، فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما » فلا يستدل بأحدهما بعينه لأن التعارض يوجب التوقف (قوله ولنا أن الأحكام لاتترتب عليه) أى على الحمل إلا بعد الولادة للاحتمال قبلها ، إذ يحتمل كونه نفخا أو ماء . وقد أخبرنى بعض أهلى عن بعض خواصها أنها ظهر بها حبل واستمر إلى تسعة أشهر ولم يشككن فيه حتى تهيأن له بتهيئة ثياب المولود ثم أصابها طلق وجلست الداية تحتها ولم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفى كل عصرة تجد ماء حتى قامت فارغة من غير ولد . وأما توريثه والوصية به وله فلا يثبت له إلا بعد الانفصال فيثبتان للولد لا للحمل . وأما العتق فإنه يقبل التعليق بالشرط فعتقه معلق معنى . وأما رد الجارية المبيعة بالحمل فلأن الحمل ظاهر والرد بالعيب لايمتنع بالشبهة . وفى البدائع : لايقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين الأصحاب . أما عند أبى حنيفة فظاهر . وأما عندهما فلأن الأحكام تثبت للولد لا للحمل ، وإنما يثبت له حكم الولد بالانفصال ولهذا يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال ، بخلاف الرد بعيب لأن الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة ، والرد بالعيب لايمتنع بالشبهة ، ويمتنع اللعان بها لأنه من قبيل الحدود ، والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب (قوله وإذا نفى الرجل) الحاصل من هذه المسئلة بيان شرط اعتبار صحة نفى الولد ؛ وله

روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « إن جاءت به أصيهب أريصح حمش الساقين فهو لهلال » وفى رواية « أحيمر قصيرا ، وإن جاءت به أسود جعدا جماليا فهو لشريك ، فجاءت به على النعت المكروه ، فقال صلى الله عليه وسلم : لولا الأيمان التى سبقت لكان لى ولها شأن » (ولنا أن نفى الولد حكم من أحكامه ، والأحكام لاتترتب عليه إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله) أى قبل انفصال الولد أو قبل حصول الولادة . فإن قيل : بل تترتب عليه قبلها كالرد بالعيب والميراث والوصية به وله . أجيب بأن اللعان فى حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة . بخلاف الرد بالعيب لأنه يثبت مع الشبهات ، والإرث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتقرر فى الحال . وحاصل الجواب أن قوله الأحكام لاتترتب يراد به بعضها ، ونفى الولد منها لئلا يلزم إقامة الحد مع قيام الشبهة (والحديث) أى حديث هلال (محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحى) بدليل ماروينا أنه صلى الله عليه وسلم قال : إن جاءت به كذا كان كذا ، ومثل ذلك لايعرف إلا بطريق الوحى . وقوله (وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو فى الحالة التى تقبل التهنئة) قال فى النهاية على بناء المفعول لا الفاعل ، لأنه لو قبل الأب التهنئة ثم نفى

(قوله روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « إن جاءت به أصيهب أريصح حمش الساقين فهو لهلال » إلى آخر الحديث) أقول : الأصيهب تصغير الأصهب ، وهو الذى يضرب شعره إلى الحمرة ، والأريصح تصغير الأرصح ، وهو قليل لحم الفخذين ، وحمش الساقين : أى دقيقهما بالحاء المهملة المفتوحة (قوله « وإن جاءت به أسود جعدا جماليا » الحديث) أقول : الجمالى بضم الجيم العظيم الخلق كالجمل (قال المصنف : لتمكن الاحتمال قبله) أقول : أى قبل الولادة وتذكير الضمير لكونها فى تأويل أن مع الفعل (قال المصنف : والحديث محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحى) أقول : فيه بحث ، لأن أحكامه عليه الصلاة والسلام محمولة على نصب الشرع إلا أن يقوم دليل على كونها من الخصائص كما تقرر فى الأصول .

نفيه ولاعن به وإن نفاه بعد ذلك لاعن ، ويثبت النسب هذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : يصح نفيه فى مدة النفاس) لأن النفى يصح فى مدة قصيرة ولا يصح فى مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لأنه أثر الولادة . وله أنه لامعنى للتقدير لأن الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا مايدل عليه وهو قبوله التهنئة أو سكوته عند التهنئة أو ابتياعه متاع الولادة أو مضى ذلك الوقت فهو ممتنع عن النفى . ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التى ذكرناها على الأصلين .

شرطان متفق ومختلف ، فالمتفق أن لايقبل التهنئة أو لايسكت عندها ، وهذا من المواضع التى اعتبر فيها السكوت رضا ، وقد أوردناها منظومة فى كتاب النكاح إلا فى رواية عن محمد فى ولد الأمة إذا هنئ به فسكت لايكون سكوته قبولا ، بخلاف ولد المنكوحة ، لأن ولد الأمة غير ثابت النسب إلا بالدعوة ، فالحاجة إلى الدعوة والسكوت ليس دعوة ، ونسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يسقط حقه فى النفى ، والمختلف فيه أن يقع . أعنى النفى فى زمان التهنئة عادة وابتياع آلة الولادة عند أبى حنيفة . ولو وقع بعده إن كان لم يقبل تهنئة لاينتفى إلا إذا كان غائبا على ماسيذكر ، ثم لم يعين لها مقدار فى ظاهر الرواية ، وذكر أبو الليث عن أبى حنيفة تقديرها بثلاثة أيام ، وروى الحسن عنه سبعة لأنها أيام التهنئة . وضعفه السرخسى بأن نصب المقادير بالرأى متعذر . وعندهما هى مقدرة بمدة النفاس لأنها أثر الولادة . وكان القياس أن لايجوز النفى إلا على فور الولادة كقول الشافعى : إلا أنا استحسنا جواز تأخيره مدة يقع فيها التأمل لأن النفى يحتاج إليه كى لايقع فى نفى ولده أو استلحاق غير ولده وكلاهما حرام . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين نزلت آية الملاعنة « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء ولن يدخلها الله جنته ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رءوس الأولين والآخرين » رواه أبو داود والنسائى . وفى الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم « من ادعى أبا فى الإسلام غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام » والاتفاق على أن المدة إذا طالت لايجوز النفى فجعلا القصيرة مدة النفاس لأنه أثر الولادة ، ولذا أحكام الولادة ثابتة فيها من عدم حل الصلاة والصوم والقربان فكأنهما فور الولادة . وقاله : لامعنى لتعيين مدة أصلا لأنها للتأمل ، والناس مختلفون فيه ، والأحوال أيضا تختلف فى إفادته ، فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة وهو ذكر مايدل على القبول مثل أحسن الله بارك الله جزاك الله رزقك الله مثله ، أو أمن على دعاء المهنى أو سكوته عند تهنئته أو ابتياعه متاع الولادة أو مضى ذلك الوقت . وقد يقال : إن اعتبار مضى ذلك الوقت وما قبله لجواز النفى لم يخرج عن التعيين فينافيه قوله لامعنى للتعيين أصلا انتهى (قوله وإن كان غائبا) ماتقدم كان إذا كان حاضرا ، فلو كان غائبا لم يعلم بالولادة تعتبر

لايصح نفيه وهو ظاهر . وقوله (يصح نفيه فى مدة النفاس) يعنى إذا كان حاضرا (ولأبى حنيفة أنه لامعنى للتقدير بمدة لأن الزمان للتأمل) لئلا يقع فى نفى الولد مجازفا (وأحوال الناس فى ذلك مختلفة فاعتبرنا مايدل عليه) أى على عدم النفى وهو قبوله التهنئة أو سكوته عند التهنئة ، فإن ذلك إقرار منه أن الولد له وكذلك ابتياعه مايحتاج إليه لإصلاح الولد عادة ، أو مضى ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفى ، وإذا وجد منه دليل القبول لايصح النفى بعده ، وليس فيما ذكر فى الكتاب ذكر مدة معينة كما ترى . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه قدره بسبعة أيام لأن فى هذه تستعد للعقيقة ، وإنما تكون العقيقة بعد سبعة أيام ، ولكن هذا ضعيف لأن نصب المقدار بالرأى لايجوز . وذكر فى الشامل أنه روى عن أبى حنيفة أنه يقدر بثلاثة وذلك فى الضعف مثل الأول (ولو كان الزوج غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التى ذكرناها على الأصلين) فيجعل كأنها ولدته الآن فله النفى عند

قال (وإذا ولدت ولدين فى بطن واحد فنفى الأول واعترف بالثانى يثبت نسبهما) لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد (وحد الزوج) لأنه أكذب نفسه بدعوى الثانى . وإن اعترف بالأول ونفى الثانى يثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لأنه قادر بنفى الثانى ولم يرجع عنه ، والإقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هى زانية ، وفى ذلك التلاعن كذا هذا .

المدة التى ذكرناها على الأصلين بعد قدومه عندهما قدر مدة النفاس ، وعنده قدر مدة قبول التهنئة ، وعن أبى يوسف : إن قدم قبل أن تمضى مدة الفصال فله أن ينفيه إلى أربعين يوما ، وإن قدم بعدها فليس له أن ينفيه أصلا . لأنه لو جاز ذلك لجاز بعد ما صار شيخا وهو قبيح ، فلو بلغه الخبر فى مدة النفاس فله نفيه إلى تمام الأربعين عند أبى حنيفة ومحمد . وذكر فى غير رواية الأصول عن أبى يوسف إذا بلغه الخبر لتمام الحولين ليس له نفيه ويلاعن . وقال محمد : لو نفاه بعد الحولين إلى أربعين يوما من حين بلغه يلاعن بينهما ويقطع نسبه (قوله لأنهما توءمان) هما اللذان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر (قوله وحد الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثانى) وعلى هذا فى أولاد ثلاثة أقر بالأول والثالث ونفى الثانى (قوله والإقرار بالعفة) وهو مايتضمنه الاعتراف بالأول (سابق على القذف) بنفى الثانى حقيقة (فصار كأنه قال هى عفيفة) ثم قذفها . لايقال : ثبوت نسب الأول معتبر باق بعد نفى الثانى ، فباعتبار بقائه شرعا يكون مكذبا نفسه بعد نفى الثانى وذلك يوجب الحد . لأنا نقول : الحقيقة انقطاعه وثبوته أمر حكمى ، والحد لايحتاط فى إثباته فكان اعتبار الحقيقة هنا متعينا لا الحكمى . هذا ومن الشارحين من جعل قوله فى الكتاب والإقرار بالعفة سابق الخ هو هذا الجواب عن السؤال المذكور مقدرا وهو غير مفهوم من اللفظ .

[فروع] لو نفاهما فمات أحدهما أو قتل قبل اللعان لزماه لأنه لايمكن نفى الميت لانتهائه بالموت واستغنائه عنه فلا ينتفى الحى لأنه لايفارقه ، ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف ، واللعان ينفك عن نفى الولد لأنه مشروع لقطع الفراش ، ويثبت النفى تبعا له إن أمكن ، ولا يلاعن عند أبى يوسف لأن القذف أوجب لعانا يقطع النسب على خلاف ما وجب . ولو ولدت فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بعده بيوم لزم الولدان لأن القاطع وهو اللعان لم يوجد فى حق الثانى ، ولا يجوز نفيه الآن لأنها غير منكوحة فيثبت نسبه ، ومن ضرورته ثبوت نسب الأول واللعان ماض لأنه يقبل الفصل عن انتفائه . ولو قال بعد ذلك هما ولداى لا حد عليه لأنه صادق لثبوت نسبهما ، ولا يكون رجوعا لعدم إكذاب نفسه ، بخلاف ما إذا قال كذبت عليها لأنه للتصريح بالرجوع . ولو قالا ليسا ابنى كانا ابنيه ولا يحد لأن القاضى نفى أحدهما وذلك نفى للتوءمين فليسا ولديه من وجه فلم يكن قاذفا لها مطلقا بل من وجه . وفى النوادر : ذكر الحسن عن أبى حنيفة أن فى امرأة جاءت بثلاثة أولاد فأقر بالأول والثالث ونفى الثانى يلاعن وهم بنوه ، ولو نفى الأول والثالث وأقر بالثانى يحد وهم بنوه ، وكذا فى ولد واحد إذا أقر به ونفاه ثم

أبى حنيفة فى مقدار مايقبل فيه التهنئة ، وعندهما فى مقدار مدة النفاس بعد القدوم لأن النسب لايلزم إلا بعد العلم به فصارت حال القدوم كحال الولادة (قوله وإذا ولدت ولدين فى بطن واحد) ظاهر (والإقرار بالعفة سابق على القذف) جواب سؤال تقديره ينبغى أن يجب عليه الحد لأنه أكذب نفسه بعد القذف لأن الإقرار الأول بثبوت النسب باق بعد نفى الولد فيعتبر قيام الإقرار بعد القذف بابتداء الإقرار ، ولو وجد الإقرار بعد النفى ثبت الإكذاب ووجب الحد ، فكذا ههنا . وتقرير الجواب أن الإقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة (فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هى زانية ، وفى ذلك التلاعن) ولا يكون ذلك إكذابا (فكذلك هذا) .

باب العنين وغيره

(وإذا كان الزوج عنينا اجّله الحاكم سنة ، فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك)

أقرّ به يلاعن ويلزمه لأن الإقرار بثبوت نسب بعض الحمل إقرار بالكل ، كمن قال يده أو رجله منى .
واعلم أن ولد الملاعنة إذا قطع نسبه من الأب وألحق بالأم لا يعمل القطع فى جميع الأحكام بل فى بعضها ، فيبقى النسب بينهما فى حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر ولا صرف زكاة ماله إليه ، ولا يجب القصاص على الأب بقتله . وإن كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى لا يجوز للابن أن يتزوّج بتلك البنت . ولو ادعى إنسان هذا الولد لا يصح وإن صدقه الولد فى ذلك . ولا يبقى فى حق النفقة والإرث ، كذا فى الذخيرة . وهو مشكل فى ثبوت النسب إذا كان المدعى ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن لأنه مما يحتاط فى إثباته وهو مقطوع النسب من غيره ووقع الإياس من ثبوته من الملاعن وثبوت النسب من أمه لا ينافيه ، والله أعلم .

(باب العنين وغيره)

لما ذكر أحكام الأصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق أعقبها بذكر أحكام تتعلق بهما ممن به مرض له نسبة إلى النكاح . والعنين من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة ، من عنّ إذا حبس فى العنة وهى حظيرة الإبل ، أو من عنّ إذا عرض لأن ذكره يعنّ يمينا وشمالا ولا يقصده لاسترخائه ، وجمع العنين عُنُن ، ويقال عنين بين التعنن ولا يقال بين العنة ، ولو كان يصل إلى الثيب لا البكر لضعف الآلة أو إلى بعض النساء دون بعض أو لسحر أو لكبر سنّ فهو عنين بالنسبة إلى من لا يصل إليها لفوات المقصود فى حقها . وما عن الهندوانى يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين ، فإن نقص ذكره وانزوى علم أنه لا عنة به وإلا علم أنه عنين ، لو اعتبر علم فلا يؤجل سنة لأن التأجيل ليس إلا ليعرف أنه عنين على ما قالوا وإلا فلا فائدة فيه إن أجل مع ذلك لكن التأجيل لابد منه لأنه حكمه . وفى المحيط : آلته قصيرة لا يمكن إدخالها إلى داخل الفرج لا حق لها فى المطالبة بالتفريق انتهى . ولو كان صغيرا جدا كالزر فحكمه كالمجبوب (قوله أجله الحاكم سنة) أى من وقت الخصومة ، ولا يعتبر تأجيل

(باب العنين وغيره)

لما فرغ من وجوه أحكام الأصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر فى هذا الباب أحكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق ، لأن حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الأصحاء ، والعنين هو الذى لا يقدر على إتيان النساء ، من عنّ إذا حبس فى العنة وهى حظيرة الإبل ، أو من عن إذا عرض لأنه يعن يمينا وشمالا ، ولا فرق بين أن تقوم آلته أو لم تقم ، وبين أن يصل إلى الثيب دون البكر أو إلى بعض النساء دون بعض ، وبين أن يكون لمرض به أو لضعف فى خلقته أو لكبر سنه أو لسحر أو لغير ذلك ، فإنه عنين فى حق من لا يصل إليها لفوات المقصود فى حقها . قال (وإذا كان الزوج عنينا) أى وإذا كان الزوج عنينا (أجله الحاكم سنة) ابتداؤها من وقت الخصومة (فإن وصل إليها وإلا فرق الحاكم بينهما إذا طلبت المرأة ذلك) وهو قول عمر وعلىّ وابن

باب العنين

(قوله إذا حبس فى العنة ، إلى قوله : «لأنه يعن يمينا وشمالا) أقول : العنة بضم العين ، وقوله ، لأنه يعن : أى يعن ذكره يمينا وشمالا .

هكذا روى عن عمر وعلى وابن مسعود ، ولأن الحق ثابت لها فى الوطء ، ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة ، ويحتمل لآفة أصلية فلابد من مدة معرفة ذلك ، وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة ، فإذا مضت المدة ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع ناب القاضى منابه ففرق بينهما

غير الحاكم كائنا من كان ، ولو عزل بعد ما أجله بنى المتولى على التأجيل الأول (قوله هكذا روى عن عمر وعلى وابن مسعود) أما الرواية عن عمر فلها طرق : فمنها طريق عبد الرزاق ، حدثنا معمر عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال : قضى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى العنين أن يؤجل سنة ، قال معمر : وبلغنى أن التأجيل من يوم يخاصم ، وهكذا أخرجه ابن أبى شيبة : حدثنا هشيم عن محمد بن سلمة عن الشعبى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم يرفع إليه الحديث . ورواه ابن أبى شيبة بسند أن عمر أجل العنين سنة ، زاد فى لفظ وقال : إن أتاها وإلا فرقوا بينهما ولها الصداق كاملا . ورواه محمد بن الحسن عن أبى حنيفة قال : حدثنا إسماعيل بن مسلم المكى عن الحسن عن عمر بن الخطاب أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها فأجله حولا ، فلما انقضى حول ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها ، ففرّق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة . وأما حديث على رضى الله عنه فرواه ابن أبى شيبة وعبد الرزاق بسنديهما ، وحديث ابن مسعود رواه ابن أبى شيبة بسنده عنه : يؤجل العنين سنة ، فإن جامع وإلا فرّق بينهما . ورواه أيضا عبد الرزاق والدارقطنى . وروى ابن أبى شيبة عن المغيرة بن شعبة أنه أجل العنين سنة . وأخرج ابن أبى شيبة عن الحسن والشعبى والنخعى وعطاء وسعيد بن المسيب رضى الله عنهم أنهم قالوا : يؤجل العنين سنة (قوله فلا بد من مدة معرفة ذلك) أى معرفة لكون الامتناع لعلة معترضة أو آفة أصلية فى أصل الخلقة فقدرناها بالسنة لأنها معروفة لذلك ، لأنه إن كان من علة معترضة فلا يخلو من كونها من غلبة حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة ، والسنة تشتمل على الفصول الأربعة ، وكل فصل بأحد هذه الكيفيات ، فالصيف حارّ يابس ، والخريف بارد يابس وهو أردأ الفصول ، والشتاء بارد رطب ، والربيع حار رطب ، فإن كان مرضه عن أحد هذه تم علاجه فى الفصل المضاد له فيه ، أو من كيفيتين فيتم فى مجموع فصلين مضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال (قوله فإذا مضت السنة ولم يصل إليها عرف أن ذلك بآفة أصلية) وفيه نظر ، فإن ظاهره أن موجب التفريق كونه من علة أصلية

مسعود وعليه فتوى فقهاء الأمصار كأبى حنيفة وأصحابه الشافعى وأصحابه ومالك وأصحابه وأحمد وأصحابه رضى الله عنهم (ولأن حقها ثابت فى الوطء ، ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة ، ويحتمل أن يكون لآفة أصلية فلابد من مدة معرّفة لذلك . وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة) لأن العجز قد يكون لفرط رطوبة فيتداوى بما يضاده من اليبوسة أو بالعكس من ذلك ، وكذلك بقية الطبائع (فإذا مضت ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع ناب القاضى منابه ففرق بينهما) وقيل ينبغى أن يقدر السنة شمسية أخذا بالاحتياط ، لأنه ربما يكون موافقة العلاج فى الأيام التى

(قال المصنف : فلا بد من مدة معرفة لذلك) أقول : وعن الهندوانى يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين ، فإن كان عضوه يتول

ولا بد من طلبها لأن التفريق حقها

والسنة ضربت لتعريفه وهو ممنوع ، إذ لايلزم من عدم الوصول إليها سنة كون ذلك لآفة أصلية فى الخلقة ، إذ المرض قد يمتد سنة ، وأيضا مما له حكم العنين المسحور ، ومقتضى السحر مما قد يمتد السنين وبمضىّ السنة يفرق بينهما إذا طلبت ذلك مع العلم بعدم الآفة الأصلية لغرض العلم بأنه يصل إلى غيرها من النساء .

فالحق أن التفريق منوط إما بغلبة ظن عدم زواله لزمانته أو للأصلية، ومضىّ السنة مع عدم الوصول موجب لذلك ، أوهو عدم إيفاء حقها فقط بأى طريق كان ، والسنة جعلت غاية فى الصبر وإبلاء العذر شرعا، حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال بعد مضى السنة أجلنى يوما لايجيبه إلى ذلك إلا برضاها ، فلو رضيت ثم رجعت كان لها ذلك ويبطل الأجل لأن السنة غاية فى إبلاء العذر. وقال لبيد لابنتيه حين حضرته الوفاة :

تمنى ابنتاى أن يعيش أبوهما وهل أنا إلا من ربيعة أو مضر

فقوما وقولا بالذى قـد علمتما ولا تخمشا وجها ولا تحلقا الشعر

إلى الحول ثم اسم السلام عليكما . ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر

(قوله ولا بد من طلبها) هذا إذا كانت حرة غير رتقاء ، فإن كانت رتقاء فلا حق لها فى الفرقة ، وإن كانت أمة فالطلب عند أبى يوسف لها ، وعند أبى حنيفة لسيدها ، وهو فرع مسئلة الإذن فى العزل . وقيل محمد مع أبى يوسف وقد مرت ، ولا يسقط حقها فى طلب الفرقة بتأخير المرافعة قبل الأجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التأجيل مهما أخرت ، لأن ذلك قد يكون للتجربة وترجى الوصول لا بالرضا بالمقام على ذلك أبدا فلا يبطل حقها بالشك ، ولووجدت كبيرة زوجها الصغير عنينا ينتظر بلوغه لأن للصبا أثرا فى عدم الشهوة . قال قاضيخان : الغلام الذى بلغ أربع عشرة سنة إذا لم يصل إلى امرأته ويصل إلى غيرها يؤجل . ولو وجدت زوجها المجنون عنينا فخاصم عنه وليه يؤجل لسنة لأن الجنون لايعدم الشهوة ، بخلاف ما لو وجدته مجبوبا وطلبت الفرقة ممن يخاصم عنه وليه فإنه لا فائدة فى انتظار بلوغه فيجعل وليه خصما وإلا نصب القاضى عنه خصما وفرق للحال . ولو جاء الولى فى المسئلتين ببينة على رضاها بعنته وجبه أو على علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرّق بينهما ، ولو طلب يمينها على ذلك تحلف ، فإن نكلت لم يفرق وإلا فرق ، ولو وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق بطلب الوكيل؟ لم يذكره محمد واختلفوا فيه ، ولو اختلفا فى الجبّ فادعته فأنكره يريه رجلا ، فإن أمكن علمه به بالجس من وراء ثوب لايكشف عورته ، وإن لم يتيقن بذلك إلا بكشفها كشفها للضرورة . ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد الفرقة إلى سنتين ثبت نسبه منه ولا يبطل التفريق ، بخلافه فى العنين حيث ثبت نسبه ويبطل التفريق . ذكره فى الغاية . قال فى شرح الكنز : وفيه نظر ، لأنه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه ؛ ألا يرى أنها لو أقرت بعد الفرقة أنه كان قد وصل إليها لايبطل التفريق انتهى . لكن وجه التفرقة يبعد هذا البحث ، وهو أن التفريق بناء على ثبوت العنة والجبّ ، وثبوت النسب من المجبوب وهو مجبوب ، بخلاف

يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر الرواية على مانذكره (ولا بد من طلبها التفريق لأنه حقها

إلى النقصان وينزوى علم أنه لاعنة فيه ، وإن كان لايئول ولاينزوى علم أنه عنين . كذا فى شرح الكاكى . قال ابن الهمام : لو اعتبر هذا لزم أن لايؤجل سنة لأن التأجيل ليس إلا ليعرف أنه عنين على ماقالوا ، ولا فائدة فيه إن أجل مع ذلك لكن التأجيل لابد منه لأنه حكمه اه

(وتلك الفرقة تطليقة بائنة) لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه . وقال الشافعي : هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا ، وإنما تقع بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لايحصل إلا بها لأنها لولم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة (ولها كمال مهرها إن كان خلا بها) فإن خلوة العنين صحيحة (ويجب العدة) لما بينا من قبل هذا إذا أقرّ الزوج أنه لم يصل إليها (ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول إليها ،

ثبوته من العنين فإن بثبوت النسب منه يثبت أنه ليس بعنين فيظهر بطلان معنى الفرقة ، بخلاف إقرارها بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هي به مناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة . ولو كانت زوجة العنين أو المجبوب صغيرة لايفرق بينهما بل ينتظر بلوغها لاحتمال أن ترضى به إذا بلغت ، وإذا رضيت قبل التأجيل أو بعده قبل انقضاء السنة أو بعدها سقط حقها وليس لها المطالبة بالفرقة بعد ذلك . ولو كان الزوج يجامع ولا ينزل لجفاف مائه لم يكن لها طلب الفرقة (قوله وتلك الفرقة تطليقة بائنة) وهو قول مالك والثورى وغيرهما. وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله : فسخ لأنها من جهتها ، وقاس الماوردى على الفرقة بالجبّ . قلنا : بل من جهته فإنه وجب عليه التسريح بالإحسان حين عجز عن الإمساك بالمعروف ، فإذا امتنع كان ظالما فناب القاضي عنه فيه فيضاف فعله إليه ، والقياس على الجبّ ممنوع لأن الفرقة بسببه عندنا أيضا طلاق (قوله لكن النكاح لايقبل الفسخ عندنا) أى النكاح الصحيح التام النافذ اللازم لأنه النكاح المطلق فخرج الفاسد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع من الإتمام ، بخلاف ما نحن فيه لأنه فرقة بعد التمام فلا يقبلها كما لايقبل الفسخ بالإقالة ، وقد ذكرنا في رواية أبي حنيفة عن عمر رضى الله عنه أنه جعلها تطليقة بائنة ولها كمال المهر للخلوة الصحيحة لأن خلوة العنين صحيحة ، إذ لاوقوف على حقيقة العنة لجواز أن يمتنع من الوطء اختيارا تعنتا فيدار الحكم على سلامة الآلة ولا يحل ترك وطئها ، ولو تزوجها بعد ذلك لاخيار لها لأنها رضيت حيث نكحته بعد العلم بالحال ؛ ولو تزوّجت به أخرى عالمة بحاله في الأصل كذلك يكون رضا ، وعليه الفتوى . وقيل لايكون رضا لجواز تأميلها برأه . ودفع بأنه احتمال بعيد بعد أن لم يبرأ في أكثر من سنة ، فالظاهر لزومه وزمانته فتكون بالتزوّج به راضية بالعيب (قوله هذا) أى هذا الذى ذكرنا من أنها إذا طالبته بالفرقة أجله الحاكم سنة ثم بعده فرق بينهما إذا اعترف الزوج بعدم الوصول إليها في هذا النكاح ، وإن تصادقا أنه وصل إليها في نكاح قبله ثم طلقها لأنه إذا وطئها في نكاح ثم أبانها ثم تزوّجها ثانيا ولم يصل إليها لها المطالبة بالفرقة ، فإن اختلفا وادعى الوصول

وتلك الفرقة تطليقة بائنة لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج وكأنه طلقها بنفسه . (وقال الشافعي رحمه الله : هو فسخ لأنه فرقة من جهتها لكن النكاح لايقبل الفسخ عندنا) يعنى بعد التمام ، وأما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم (وإنما تقع التطليقة بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لايحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة) وهي التي لاتكون ذات زوج ولا مطلقة ، أما الأولى فلفوات المقصود وهو الوطء ، وأما الثانى فلأنها تحت زوج فلا يحصل لها دفع الظلم (ولها كمال المهر إن كان خلا بها لأن خلوة العنين صحيحة) لأن المرأة قد سلمت المبدل مع وجود الآلة فيجب عليه البدل ، دل على ذلك قضاء عمر وعلى رضى الله عنهما حيث قالا : ماذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم (ويجب العدة) لتوهم الشغل احتياطا استحسانا (لما بينا)

(قوله يعنى بعد التمام ، وأما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم) أقول : ولعل الشافعي ينازع في التمام .

فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه) لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة والأصل هو السلامة فى الجبلة (ثم إن حلف بطل حقها ، وإن نكل يؤجل سنة ، وإن كانت بكرا نظر إليها النساء ، فإن قلن هى بكر أجل سنة) لظهور كذبه (وإن قلن هى ثيب يحلف الزوج ، فإن حلف لاحق لها ، وإن نكل يؤجل سنة ، وإن كان مجبوبا فرق بينهما فى الحال إن طلبت) لأنه لافائدة فى التأجيل (والخصى يؤجل كما يؤجل العنين) لأن وطأه مرجوٌّ

وقالت لا فالقول قوله والوجه ظاهر فى الكتاب (قوله وإن نكل أجل سنة) سواء جعل النكول إقرارا أو بذلا فكأنه أقرّ بعدم الوصول إليها (قوله وإن كانت بكرا) يعنى إذا نكل وكانت بكرا وقت النكاح لايستحلف بل تراها النساء ، فإن قلن هى بكر أجل سنة من غير احتياج إلى الاستحلاف والنكول لتيقن كذبه ، وقوله فإن قلن خرج على ما هو الأولى من إراءتها لامرأتين ثم جعلهما جمعا وإلا فالواحدة العدلة تكفى نص على العدالة فى كافى الحاكم والثنتان أحوط . وطريق معرفة أنها بكر أن تدفع فى فرجها أصغر بيضة للدجاج ، فإن دخلت من غير عنف فهى ثيب وإلا فبكر ، أو تكسر وتسكب فى فرجها ، فإن دخل فثيب وإلا فبكر . وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب ، وإن قلن ثيب تثبت الثيوبة ولا يثبت وصوله إليها لأن البكارة قد تزول بغيره كوثبة ونحوها ؛ غير أن القول قوله لو قالت زالت البكارة بأصبعه ونحوه فيحلف أنه وصل إليها . فإن حلف تقرر النكاح وإن نكل أجله سنة ثم فرق بينهما إن لم يصل إليها ، ثم إذا أجل ومضت السنة فاختلفا فى الوصول فى السنة فعلى ما إذا اختلفا قبل التأجيل ، إن كانت بكرا نظرن إليها ، فإن قلن بكر خيرت للحال بين الإقامة والفرقة ، وإن قلن ثيب حلف فإن نكل خيرت وإن حلفا استقر النكاح ، وإن كانت ثيبا فى الأصل فاختلفا قبل التأجيل أو بعده فالقول له ، فإن حلف استقر النكاح ، ولو نكل أجل وخيرت بعده . وفى موضع تخير يعتبر المجلس كتخيير الزوج ، فإن قامت من مجلسها قبل أن تختار نفسها أو أقامها أعونة القاضى ولو مكرهة لزم النكاح لأنه كان يمكنها اختيار نفسها قبل أن تقام ، وإذا اختارت نفسها أمره القاضى أن يطلقها ، فإن أبى فرق بينهما . كذا ذكره محمد فى الأصل . وقيل تقع الفرقة باختيار نفسها ولا تحتاج إلى القضاء كخيار المخيرة (قوله لأنه لافائدة فى التأجيل) لأنه لتوقع الوقوع ولا توقع لفقد الآلة . بخلاف الخصى لأن آلته قائمة . وإنما سلت خصيتاه أو وجى ، والموجوء الذى رضّ خصيتاه .

يعنى فى باب المهر هذا إذا أقرّ الزوج بعدم الوصول إليها ، وإن ادعاه وأنكرته (فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة) حقيقة وإن كان مدعيا للوصول صورة (والأصل فى الجبلة السلامة) وكان الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر فكان كالمودع إذا ادعى رد الوديعة القول قوله لأنه منكر معنى وإن كان مدعيا صورة (ثم إن حلف بالله لقد أصبتها بطل حقها ، وإن نكل يؤجل سنة ، وإن كانت بكرا نظر النساء إليها ، فإن قلن هى بكر أجل سنة ، وإن قلن هى ثيب يحلف الزوج) لإمكان أن بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط اليمين مع شهادتهن ليكون حجة (فإن حلف لاحق لها ، وإن نكل يؤجل سنة) ثم كيف يعرف أنها بكر أو ثيب ؟ قالوا : يدفع فى فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج ، فإن دخل بلا عنف فثيب وإلا فبكر ، وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب ، وقيل تكسر البيضة فتصبّ فى فرجها فإن دخلت فثيب وإلا فبكر . قوله (وإن كان مجبوبا فرق بينهما فى الحال) ظاهر .

(وإذا أجل العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر إليها النساء . فإن قلن هى بكر خيرت) لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد وهى البكارة (وإن قلن هى ثيب حلف الزوج ، فإن نكل خيرت) لتأيدها بالنكول ، وإن حلف لاتخير ، وإن كانت ثيبا فى الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه (فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار) لأنها رضيت ببطلان حقها ، وفى التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح

قال لى بعض أهل الماشية إنه تمرس الخصيتان وهو صغير مرسا شديدا ثم يحبسان إلى فوق إلى أن يرتفعا إلى ظهره فلا يعودان ، ويكون نشيطا كثير الجماع إلا أنه لايحبل ، فالتوقع واقع فيؤجل كالعنين (قوله وإذا أجل العنين سنة فقال الخ) قد وصلنا هذا الاختلاف الكائن بعد التأجيل بالاختلاف قبله فلا نعيده .

[فرع] الخنثى إذا كان يبول من مبال الرجال فتزوج امرأة فهو جائز ، فإن وصل إليها وإلا أجل كالعنين ذكره الحاكم . وكل من تزوجت واحدا من هؤلاء : أعنى المجبوب والخصى والعنين وهى عالمة بحاله فلا خيار لها ، وإن لم تكن عالمة به فلها المطالبة بالفرقة(قوله هو الصحيح) صححه أيضا صاحب الواقعات احترازا عما اختاره شمس الأئمة السرخسى وقاضيخان وظهير الدين من اعتبارها شمسية ، وهى رواية الحسن عن أبى حنيفة ، وما ضربت السنة إلا للتوصل إلى صلاح الطبع ورفع المانع ، فيجوز أن يوافق طبعه مدة زيادة السنة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها . وجه الأول أن الثابت عن الصحابة كعمر رضى الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولا وأهل الشرع إنما يتعارفون الأشهر والسنين بالأهلة ، فإذا أطلق السنة انصرف إلى ذلك مالم يصرحوا بخلافه ، ثم زيادة الشمسية قيل أحد عشر يوما . وعن الحلوانى : السنة الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم ، والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون كذا رأيت فى نسخة . ورأيت فى أخرى عنه فى الشمسية زيادة ربع يوم مع ماذكرنا . وقيل القمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه ، والشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم إلا جزءا من ثلاثمائة جزء من يوم ، وفضل مابينهما عشرة أيام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب ، والذى يظهر أن هذا كله محدث . وعمر بن الخطاب رضى الله عنه حين كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم ترفع الدعوى إليه ، وكذا قول الراوى عن عمر فى المرأة التى أتت إليه فأجله حولا من غير تقييد فى السنة ، والحول لم يرد حينئذ إلا ما بالأهلة هذا الذى تعرفه العرب وأهل الشرع ، على أن الحول

قوله (وإن قلن هى ثيب حلف الزوج) حاصله أن الإراءة للنساء مرتين مرة قبل الأجل للتأجيل ومرة بعد الأجل للتخيير (فإن نكل خيرت لتأيدها بالنكول) أى لتأيد دعوى المرأة أنه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين (فإن حلف لاتخير) لبطلان حقها (وإن كانت ثيبا فى الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه) يعنى قوله فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة (فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت ببطلان حقها) وكذلك إذا قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضى أو قام القاضى قبل أن تختار شيئا بطل خيارها لأن هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك موقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها ، فإذا رضيت بالإسقاط صريحا أو دلالة بتأخير الاختيار إلى أن قامت أو أقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشىء ، فإن اختارت الفرقة أمر القاضى الزوج أن يطلقها ، فإن أبى فرق القاضى بينهما كما مر . قال (وفى التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح) وهو ظاهر الرواية وهى ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما . وروى الحسن أنه تعتبر السنة الشمسية وهى ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم

ويحتسب بأيام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك فى السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه (وإذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج) وقال الشافعى : ترد بالعيوب الخمسة وهى : الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لأنها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا

لم يعرف بعرف آخر بل اسم السنة هو الذى توارد عليه العرفان ، والله سبحانه أعلم (قوله وتعتبر بأيام الحيض) أى تحتسب من السنة لوجودها فى السنة يقينا وعادة (قوله ولا تحتسب بمرضه ومرضها) هكذا مطلقا ، وعن أبى يوسف إذا مرض أحدهما مرضا لا يستطيع معه الجماع ، فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه ، وإن كان أكثر لم يحتسب وعوّض عنه لأن شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر على الوطء فيه بالليل لا بالنهار وذلك نصفه ، فكذا النصف من كل شهر ، وهذا أصح الروايات عن أبى يوسف . وفى رواية : إن ما فوق الشهر كذلك لا يحتسب به ، وفى رواية إن مدة الكثرة سنة ، وفى رواية : أكثر السنة . وعن محمد : لو مرض فى السنة يؤجل مقدار مرضه ، قيل عليه الفتوى ، فإن حجّ أو غاب هو احتسب عليه ، لأن العجز جاء بفعله ويمكنه أن يخرجها معه أو يؤخر الحج والغيبة ، ولو كان محرما وقت الخصومة قال محمد : يؤجل بعد إحرامه فلا يكون عذرا ، بخلاف ما إذا حجت هى أو غابت لا يحتسب عليه لأن العجز من قبلها فكان عذرا فيعوض ، فإن حبس الزوج ولو بمهرها وامتنعت من المجىء إلى السجن لم يحتسب عليه ، وإن لم تمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه وإن لم يكن له موضع خلوة يمكنه جماعها فيه لم يحتسب ، ولو رافعته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافعة إن كان قادرا على الإعتاق ، وإن كان عاجزا أمهله شهرى الكفارة ثم أجله فيتم تأجيله سنة وشهرين ، ولو ظاهر بعد التأجيل لم يلتفت إلى ذلك ولم يزد على المدة المقدرة (قوله وإذا كان بالزوجة عيب) الخ) الحاصل أنه ليس

(وتحتسب بأيام الحيض وشهر رمضان) يعنى لا يعوّض عن أيام الحيض وشهر رمضان الواقعة فى مدة أيام التأجيل أيام أخر بل هى محسوبة من مدة التأجيل وذلك لأن الصحابة رضى الله عنهم قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها أيام الحيض وشهر مضان مع علمهم أن السنة لا تخلو عنها (ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه) أى عن المرض فلم يكن فى معنى أيام الحيض وشهر رمضان ويعوض لذلك من أيام أخر وعليه فتوى المشايخ . وروى عن أبى يوسف رحمه الله أنه إذا مرض أحدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه ، فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وإن كان أكثر منه لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها ، وكذلك الغيبة لأن شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه فى الليل ممنوع فى النهار والنهار بدون الليل يكون نصف الشهر ، فثبت أن نصف الشهر محسوب عليه . وعنه أنهما إذا كانا صحيحين فى شىء من السنة ولو فى يوم يحتسب عليه بزمان المرض . وعن محمد رحمه الله أن مرض أحدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك ، وإن كان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد فى مدته بقدر مدة المرض (وإذا كان بالزوجة عيب) أىّ عيب كان (فلا خيار للزوج فى فسخ النكاح . وقال الشافعى : تردّ بالعيوب الخمسة وهى الجذام والبرص والجنون والرتق) بفتح التاء مصدر قولك امرأة رتقاء لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع : أى لانسداده ليس لها خرق إلا المبال (والقرن) بسكون الراء . قال فى المغرب : وهو إما غدّة غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم تمنع من سلوك الذكر فى الفرج وامرأة قرناء بها ذلك . قال : لأنها يعنى العيوب الخمسة تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا ؛ أما حسا فى الرتق والقرن ، وأما طبعا فى الجذام والبرص والجنون لأن الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء وربما يسرى إلى الأولاد

والطبع مؤيد بالشرع . قال عليه الصلاة والسلام « فرّ من المجذوم فرارك من الأسد » .

لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب فى الآخر كائنا من كان عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وهو قول عطاء والنخعى وعمر بن عبد العزيز وأبى زياد وأبى قلابة وابن أبى ليلى والأوزاعى والثورى والخطابى وداود الظاهرى وأتباعه . وفى المبسوط : إنه مذهب علىّ وابن مسعود رضى الله عنهم . وعند محمد : لا خيار للزوج بعيب فى المرأة ولها هى الخيار بعيب فيه من الثلاثة : الجنون ، والجذام ، والبرص . وقال الشافعى رحمه الله : لكل منهما خيار الفسخ بهذه الثلاثة ، وللزوج الفسخ إذا كانت رتقاء أو قرناء أيضا ، فله الخيار فى خمسة عيوب ولها فى ثلاثة ، وهو قول مالك وأحمد . وقال الزهرى وشريح وأبوثور وتردّ بجميع العيوب ، وكذا من الجنون العارض والجذام والبرص والجنون مشهورات ، والفعل من الأول والآخر على البناء للمفعول فيقال جذم وجنّ إذا أصيب بالجذام والجنون فهو مجذوم ومجنون ، ولا يقال أجذم ولا أجن ولا مجن ، وثلاثة من أسماء المفعولين من أفعل جاءت على مفعول دون مفعل على غير قياس: مجنون ومحزون من أحزنه الله ومحبوب من أحبه الله ، وجاء على القياس فى الثالث فى قول عنترة :

ولقد نزلت فلا تظنى غيره … منى بمنزلة المحب المكرم

والفعل من البرص برص فهو أبرص وأبرصه الله . والرتق الالتحام ، والرتقاء هى الملتحمة . والقرن فى الفرج إما غدة غليظة أو عظم يمنع سلوك الذكر . للشافعى رحمه الله ومن معه النص فى بعضها وقياسان فى بعضها ، وثلاثة أقيسة فى بعضها . أما النص فما روى « أنه صلى الله عليه وسلم ردّ بالعيب ، قال للتى رأى بكشحها وضحا أو بياضا الحقى بأهلك » فصار البرص منصوصا عليه فيلحق به الجذام والجنون بجامع أنه ينفر منه الطبع ، وهذا الوصف وهو كونه منافرا للطبع دل الشرع على اعتباره فى جنس العلل وهو المباعدة والفرار فإنه جنس الفسخ ، قال النبى صلى الله عليه وسلم « فرّ من المجذوم فرارك من الأسد » ويجعل الجذام منصوصا عليه فى هذا الحديث لأن الفرار يثبت بفسخ نكاحه . والحديث رواه البخارى تعليقا عن أبى هريرة قال صلى الله عليه وسلم « لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر ، وفرّ من المجذوم فرارك من الأسد » ويقاس النكاح على البيع فى أنه يفسخ بهذه العيوب ، هكذا عيوب يفسخ بها البيع فيفسخ بها النكاح ، وقياسا على المجبوب بجامع المنافع الحسى فيما به فوات مقصود النكاح فى حق كل منهما . قلنا : أما الحديث الأول فلم يصح لأنه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد ابن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ، ولو سلم جاز أن يكون طلاقا . فإن لفظ الحقى بأهلك من كنايات الطلاق وأما الثانى فظاهره غير مراد للاتفاق على إباحة القرب منه ويثاب بخدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه . وأما القياس فتخلف فيه جزء المقتضى أو شرطه ، فإن المقتضى بفسخ العيب مع وقوعه فى عقد مبادلة تجرى فيه المشاحة والمضايقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال وهذا شرط عمله . والنكاح ليس كذلك فإن المال فيه تابع غير مقصود ، وإنما شرع إظهارا لخطر المحل ، ولهذا اختلفت لوازمهما حتى

(والطبع مؤيد بالشرع) قال صلى الله عليه وسلم « فر من المجذوم فرارك من الأسد » .

(قال المصنف: قال عليه الصلاة والسلام « فر من المجذوم فرارك من الأسد ») أقول : قال الزيلعى لا حجة له فيه لأنه يوجب الفرار لا الخيار وظاهره ليس بمراد إجماعا لأنه يجوز أن يدنو منه ويثاب على خدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه اهـ . فيه بحث إذ لم يذكره الشافعى دليلا على أنه يوجب الخيار بل على كونه منفورا عنه شرعا كما أنه منفور عنه طبعا .

ولنا أن فوت الاستيفاء أصلا بالموت لايوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب أولى ، وهذا لأن الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل (وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : لها الخيار) دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة ، بخلاف جانبه لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق . ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج ، وإنما يثبت في الجب والعنة لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح ، وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا ، والله أعلم بالصواب .

أجزناه على عبد وفرس غير موصوفين وصحح مع عدم رؤية المرأة أصلا ، بخلاف البيع عنده ، ثم إذا رأى عندنا المبيع يثبت له خيار للرد بلا عيب ، وفي النكاح لو شرط وصفا مرغوبا فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزا شوهاء ذات شق مائل ولعاب سائل وأنف هائل وعقل زائل لاخيار له في فسخ النكاح به ؛ وفي البيع يفسخ بدون ذلك ، ولو هزلا بالبيع لم ينفذ ، وينعقد النكاح بالهزل به فكذلك بالعلة مقتضية . وعن القياس الثالث بمنع وجود العلة في الفرع وهو امتناع حصول المقصود لجواز أن يطأ من هي كذلك ويتوصل بالشق والقطع والكسر غاية مافيه نفرة طبيعية ، وذلك لم يوجب الفسخ اتفاقا للاتفاق على عدمه في ذات القروح الفاحشة والبخر الزائد حينئذ ، قول محمد إن وجود ذلك فيه يعطل عليها المقصود للوجه الأخير بخلافه هو إذا وجدها كذلك لأنه يتمكن من إزالة الضرر عن نفسه بالطلاق ، ووجه دفعه ودفع قول الزهري ومن معه انتظمه دفع أقيسة الشافعي ومن معه (قوله ولنا أن فوات الاستيفاء أصلا بالموت قبل الدخول لايوجب الفسخ) فاختلاله بهذه العيوب أولى أن لايوجب الفسخ ، ونظر فيه بأن النكاح موقت بحياتهما (قوله وهذا) أي كون هذه العيوب لاتوجب الفسخ لأن الاستيفاء من الثمرات فلا تراعى من كل وجه على الكمال والمستحق التمكن : أي التمكن من الوطء وهو غير ممتنع لما قلنا (قوله لأنهما مخلان بالمقصود) فإن قيل : جعل في المسئلة التي قبلها الاستيفاء للوطء

(ولنا أن فوت الاستيفاء بالكلية بالموت لايوجب الفسخ) حتى لايسقط شيء من مهرها ، فاختلاله بهذه العيوب أولى . قيل فيه ضعف لأن النكاح موقت بحياتهما (وهذا) أي كون هذه العيوب لاتوجب الفسخ (لأن الاستيفاء من الثمرات) وفوت الثمرة لايؤثر في العقد ، ألا ترى أنه لو لم يستوف لبخر أو ذفر أو قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ وإنما المستحق هو التمكن وهو حاصل، أما في الجذام والبرص والجنون فظاهر، وأما في الباقيين فبالشق أو الفتق ، وقوله عليه الصلاة والسلام « فر من المجذوم » الحديث محمول على الفرار بالطلاق ، وكذا ماروى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فوجد على كشحها بياضا فردها » محمول على الطلاق ، لأنه روى « أنه عليه الصلاة والسلام قال لها : الحقي بأهلك » وهذا من كنايات الطلاق، وكذا ما روى عن عمر أنه أثبت لها الخيار بهذه العيوب ، ومذهبنا مروى عن علي وابن مسعود (وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد لها الخيار) لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنة فتخير دفعا للضرر عنها حيث لاطريق لها سواه ، بخلاف جانبه لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق (ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج ، وإنما يثبت في الجب والعنة لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح) وهو الوطء لأن شرعية النكاح لأجل الوطء (وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا) فإن قيل : قد جعل المصنف الوطء فيما إذا كان بالمرأة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار

(قال المصنف : ولنا أن فوت الاستيفاء أصلا بالموت لايوجب الفسخ) أقول : وفيه نظر لأن النكاح مؤقت بحياتهما كما سيجيء (قوله الحديث محمول على الفرار بالطلاق) أقول : فيه بحث (قال المصنف : لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح) أقول : فإن قيل جعل

من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعله المقصود المشروع له النكاح حتى يتخيرن فى الفسخ بالجب وهذا تدافع . أجيب بأن الوطء له جهتان : جهة كونه مقصودا باعتبار المقصود الذى شرع له النكاح وهو التوالد فإنه لايحصل إلا به ، وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاحه الرضيعة والآيسة ، فلو كان مقصودا لم يجز نكاح هؤلاء كما لم يجز استئجار الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما إذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الأصل من أن إزالة قيد النكاح بالطلاق لا بالفسخ لتمكنه من إزالته به ومن الاستمتاع بغيرها ، وجهة المقصودية فيما إذا كانت به لأنها لاتتمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره ، وعلى ماقررناه لاحاجة إلى ذلك بل هو مطرد لايختلف ، والله تعالى أعلم .

(باب العدة)

لما ترتبت العدة فى الوجود على فرقة النكاح شرعا أوردها عقيب وجوه الفرقة من الطلاق والإيلاء والخلع

الفسخ ، وفى مسألة الجبّ والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح ، ويلزم عن ذلك أن يكون المقصود المشروع له النكاح وأن لايكون باعتبار الموضعين وذلك تحكم . قلت : هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء ، وليس ذلك بمراد ، وإنما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به ، بخلاف العيوب الثلاثة ، والله أعلم .

(باب العدة)

العدة لما كانت أثر الفرقة بالطلاق وغيره أعقبها لذكر وجوه التفريق فى باب على حدة ، لأن الأثر يعقب المؤثر . والعدة فى اللغة : أيام أقراء المرأة ، وفى الشريعة : تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة متأكدا بالدخول أو الخلوة أو الموت ، وهو : أى هذا الزوال سببها . وشرطها وقوع الفرقة . وركنها حرمات ثابتة إلى أجل ينقضى

فى المسألة التى قبلها استيفاء الوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته . وهنا جعله المقصود المشروع له النكاح حتى يتخيرن فى الفسخ بالجب وهذا تدافع . أجيب بأن الوطء له جهتان : جهة كونه مقصودا باعتبار المقصود الذى شرع له النكاح وهو التوالد فإنه لايحصل إلا به . وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاح الرضيعة والآيسة ، فلو كان مقصودا لم يجز نكاح هؤلاء كما لم يجز استئجار الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما إذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الأصل من أن إزالة قيد النكاح بالطلاق لا بالفسخ لتمكنه من إزالته به ومن الاستمتاع بغيرها ، وجهة المقصودية فيما إذا كانت لأنها لاتتمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره اه . وقال الشيخ أكمل الدين : هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء ، وليس ذلك بمراد وإنما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به ، بخلاف العيوب الثلاثة اه . ونحن نقول : فيه بحث لأن المصنف صرح فى أول الباب أن الحق ثابت لها فى الوطء .

(باب العدة)

(قوله عند زوال ملك المتعة) أقول : أو شبهته (قوله وهو أى هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة) أقول : أليس وقوع الفرقة هو نفس زوال ملك المتعة وهل زال ملك المتعة فى الطلاق الرجعى ؟ ولك أن تقول نعم زال بطريق التبين ، وقد سبق فى باب الرجعة قبيل فصل مايحل به المطلقة (قوله وركنها حرمات ثابتة الخ) أقول : أى حرمة الازدواج والخروج كما سيجىء فى هذا الباب من ذلك الكتاب ، فيكون

(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة أقراء) لقوله تعالى ـ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ـ

واللعان وأحكام العنين . وهي في اللغة : الإحصاء ، عددت الشيء عدة أحصيته إحصاء ، وتقال أيضا على المعدود . وفي الشرع : تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو مايقوم مقامه من الخلوة والموت ، وينبغي أن يزاد وشبهته بالجر عطفا على النكاح ، والتربص الانتظار : أي انتظار انقضاء المدة بالتزوج ، فحقيقته ترك لزم شرعا للتزوج والزينة في مدة معينة شرعا ، ولا شك أن سببها النكاح او شبهته ، وزوال ذلك شرط ، فالإضافة في قولنا عدة الطلاق إلى الشرط ، ولم يخص الزوال بالنكاح فعم الشبهة . قالوا : وركنها حرمات تثبت عند الفرقة ، وعند الشافعي الكف عنها ، وينبني على ذلك أن العدتين إذا وجبتا من رجلين تتداخلان وتنقضيان بمدة واحدة عندنا وعنده لا ، وعلى هذا ينبغي أن يقال في التعريف : هي لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمات لأنها لزومات ، وإلا فالتربص فعلها ، والحرمات أحكام الله تعالى فلا يكون نفسه فعلا ، وعلى هذا فما قيل في حكمها إنه حرمة نكاحها غيره عليها وحرمة نكاح أختها وأربع سواها عليه لايصح ، لأن الحرمات التي تثبت عند الفرقة ركنها بالفرض ، وحرمة تزوجها بغيره من تلك الحرمات . نعم حرمة تزوجه بأختها لايكون من العدة فهو حكم عدتها ، ولا شك أنه معني كونه هو أيضا في العدة لأن معنى العدة وجوب الانتظار بالتزوج إلى مضي المدة وهو كذلك فهو في العدة أيضا ، غير أن اسم العدة اصطلاحا خص بتربصها لا بتربصه ، ولزم مما ذكر أن لايقال في حق الصغيرة وجب عليها العدة وسنوضحه (قوله إذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا) وليس رجعيا في بعض النسخ وشمل طلاق الخلع واللعان خلافا لمن قال عدة المختلعة حيضة واحدة . قيل هو بناء على أنها فسخ . والحق أنه ابتداء لما تقدم في باب الخلع من المنقول . إذ لايعقل كون الفسخ مؤثرا في نقصان العدة ولذا وجبت ثلاثة أقراء في الفسخ بخيار البلوغ وغيره ، وخلافا لابن عباس في قوله : عدة الملاعنة تسعة أشهر (قوله وهي حرة ممن تحيض) يعني ممن تحقق حيضها ولم تبلغ الإياس سواء كانت تحيض أولا ، حتى لو بلغت فرأت الدم ثلاثة أيام ثم انقطع سنة أو أكثر لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل الإياس فتعتد بالأشهر ، بخلاف ما لو لم تر شيئا أو رأت أقل من ثلاثة أيام فإنها تعتد بالأشهر (قوله أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) مثل الانفساخ بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والردة في بعض الصور والافتراق عن النكاح الفاسد والوطء بشبهة (قوله فعدتها ثلاثة أقراء) مقتضى ماذكر من ركن العدة كون عدتها في مدة ثلاثة أقراء لأن الحرمات تتعلق في مدة الأقراء فكان الأصل أن ينتصب لأنه طرف زمان معرب واقع خبرا عن اسم معنى

وعند الشافعي هو كف المرأة نفسها عن أفعال محظورة عليها وقد عرف في موضعه . قال (وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا) ولم يقل وقد دخل بها ، لأن قوله رجعيا يغني عنه إذ الرجعة لاتكون إلا في المدخول بها (أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والفرقة في النكاح الفاسد (وهي حرة ممن تحيض ، فعدتها ثلاثة أقراء لقوله تعالى ـ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ـ)

التعريف بالتربص تعريفا باللازم (قوله ولم يقل وقد دخل بها لأن قوله رجعيا يغني عنه) أقول : المتبادر في أمثاله هو التوزيع ، فلا يغني ما ذكره عنه مع أن قوله أو رجعيا غير موجود في أكثر النسخ .

والفرقة إذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح ، وهذا يتحقق فيها ، والأقراء الحيض عندنا . وقال الشافعي : الأطهار واللفظ حقيقة فيهما إذ هو من الأضداد ، كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك

نحو السفر غدا ، لكنه اعتبر فيه الإطلاق المجازى : أعنى إطلاق العدة على نفس المدة ، ثم لايخفى أن سبب العدة مأخوذ منه تأكده بالدخول أومايقوم مقامه كما ذكرنا ، وإنما تركه المصنف لشهرة أن الطلاق قبل الدخول لاتجب فيه العدة ، قال الله تعالى ـ إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ـ (قوله والفرقة إذا كانت الخ) لما جمع بين الطلاق والفرقة بلا طلاق في حكم العدة والدليل السمعى لايتناول إلا الطلاق ألحقه بالجامع ، وهو أن وجوبها في محل النص وهو الطلاق لتعرف براءة الرحم وجعله ثابتا بدلالة النص حيث قال في معنى الطلاق : يعنى يتبادر لكل من علم بوجوب تركها النكاح إلى أن تحيض عند الطلاق بعد الدخول أنه لذلك ، ثم كونها تجب للتعرف لاينفى أن تجب لغيره أيضا ، وقد أفاد المصنف فيما سيأتى أنها أيضا تجب لقضاء حق النكاح بإظهار الأسف عليه ، فقد يجتمعان كما في مواضع وجوب الأقراء وقد ينفرد الثانى كما في صور الأشهر ، بخلاف غير المتأكد وهو ماقبل الدخول لايؤسف عليه إذ لا إلف ولا مودة فيه (قوله والأقراء الحيض عندنا ، وقال الشافعي الأطهار) وقول الشافعي قول مالك ، ونقل عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وقولنا هو قول الخلفاء الراشدين والعبادلة وأبيّ بن كعب ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد ابن ثابت وأبي موسى الأشعرى ، وزاد أبو داود والنسائى معبدا الجهنى ، وما ذكرناه أنه قول العبادلة بناء على أنه ثبت عن ابن عمر فتعارض عنه النقل ، وممن رواه عنه الطحاوى ، وثبته عنه بعض الحفاظ من الحنابلة ، وأسند الطحاوى إلى قبيصة بن ذؤيب أنه سمع زيد بن ثابت يقول : عدة الأمة حيضتان ، فعارض روايتهم عن زيد أيضا ، وبه قال سعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس وعكرمة ومجاهد وقتادة والضحاك والحسنان ابن حيي والبصرى ومقاتل وشريك القاضى والثورى والأوزاعى وابن شبرمة وربيعة والسدى وأبو عبيدة وإسحاق وإليه رجع أحمد . وقال محمد بن الحسن في موطئه : حدثنا عيسى بن أبي عيسى الخياط المدنى عن الشعبي عن ثلاثة عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كلهم قال : الرجل أحق بامرأته حتى تغتسل من الحيضة الثالثة . وهذا الإطلاق إنما يصح منهم إذا كانت الحيض لا الطهر ، إلا إذا كان طلقها في الحيض ، فأما الطهر فيحتسب به فيلزم انقضاء العدة بالشروع في الحيضة الثالثة ، والطلاق في الطهر هو المعروف عندهم فعليه ينبنى قولهم (قوله إذ هو من الأضداد) استدلال على كونه حقيقة فيهما ، وهذا على طريقة أهل الأصول والفقه من

وهو في عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليها بعبارته ، وأما الفرقة بغير طلاق فهي في معناه (لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا) أى التعرف عن براءة الرحم (يتحقق فيها) أى في الفرقة بغير طلاق (والأقراء الحيض عندنا ، وقال الشافعي : الأطهار واللفظ حقيقة فيهما) فكان من الألفاظ المشتركة بين الأضداد (كذا قاله ابن السكيت ، ولا يمكن أن يتناولهما جملة للاشتراك) فإن اللفظ الواحد عندنا لايدل على معنيين مختلفين حقيقتين أو حقيقة ومجازا على ماعرف في الأصول ، ولا بعد في أن يكون تعرض المصنف

(قوله واللفظ حقيقة فيهما فكان من الألفاظ المشتركة) أقول : غير مطابق للمشروح .

والحمل على الحيض أولى ؛ إما عملا بلفظ الجمع ، لأنه لوحمل على الأطهار والطلاق يوقع فى طهر لم يبق جمعا ، أولأنه معرّف لبراءة الرحم وهو المقصود ، أولقوله عليه الصلاة والسلام « وعدة الأمة حيضتان » فيلتحق بيانا به (وإن كانت لاتحيض من صغر أوكبر فعدتها ثلاثة أشهر) لقوله تعالى ـ واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ـ الآية

عدم التجوز باسم الضد فى الضد ، وقد وضع بعض أهل العقول من معرّفات الاشتراك كون المفهومين متضادين . وأما على طريقة أهل الأدب فيجوز لغرض تمليح أو تهكم كما يقال للجبان أسد أو تفاؤل كالبصير على الأعمى إلا أنها بمعزل من إفادات الأحكام الشرعية فلم يعتبر فيها . وأما فى خصوص هذا المقام فالاتفاق على الاشتراك وعلى أنه لم يعمم ، إنما الخلاف فى تعيين المراد من المفهومين فلا حاجة إلى الاستدلال بعدم الانتظام على الاشتراك كما فعل المصنف وهو محل النزاع ، ولو استدل عليه بتضادّ المفهومين كما استدل به على كونه حقيقة فيهما كان أحسن . لايقال : استدلاله على أنه حقيقة فيهما استدلال على الاشتراك . لأنا نقول : لايلزم من كون اللفظ حقيقة فى متعدد اشتراكه لفظا لجواز التواطؤ والتشكيك . لايقال : ليس محل النزاع كما ذكرت للتضادّ . لأنا نقول : إنما وافق من جعل تعميم المشترك على منع تعميمه أنه لايمكن الجمع ، وليس يلزم من التضاد ذلك لجواز أن يراد كل من الحيض والطهر فتعتد بمضى ثلاثة أطهار وثلاث حيض إنما يمتنع إذا أريد تحقيقهما فى زمن أحدهما (قوله والحمل على الحيض أولى) ادعى الحقيقة فى محل الخلاف واقتصر على دليل نفسه كأنه لعدم دليل معتمد لهم وذلك أن قولهم القرء بمعنى الطهر هو الذى يجمع على قروء ، وأما بمعنى الحيض فإنما يجمع على أقراء دعوى لا دليل عليها ، وكونه وقع فى شعر الأعشى كذلك حيث قال :

أفى كل عام أنت جاشم غزوة تشد لأقصاها عزيم عزائكا

لكونه من الأضداد إشارة إلى نفى قول من يقول إنه مجاز فى أحدهما لأنه لابد للمجاز من مناسبة وكونه من الأضداد ينفيها ، وهذا أيضا مما عرف فى الأصول فلا بد من الحمل على أحدهما . والحمل على الحيض أولى لمعان : أحدها العمل بلفظ الجمع : يعنى القروء فإنه جمع قرء بالفتح والضم ، ووجهه أن أقل الجمع ثلاثة ، وذلك إنما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لما أن الطلاق يوقع فى طهر وهو السنة ، ثم هو محسوب عن الأقراء عند من يقول بالأطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرءين وبعض الثالث ، ولفظ الثلاثة فى قوله تعالى ـ ثلاثة قروء ـ خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد ، وهو لايحتمل النقصان ، وهذا أيضا مما عرف فى الأصول وقد قررناه فى الأنوار والتقرير ، بخلاف ما لو أريد بالقروء الحيض فإنه يكمل ثلاثا . والثانى أن الحيض معرف لبراءة الرحم لأن براءتها إنما تظهر بالحيض لا بالطهر ، لما أن الحمل طهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف بأنها حامل أو حائل وهو أى التعرف هو المقصود . والثالث قوله صلى الله عليه وسلم « وعدة الأمة حيضتان » والرق إنما يؤثر فى التنصيف لا فى النقل من الطهر إلى الحيض فيلحق بيانا به : أى فيلحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بيانا (وإن كانت لاتحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر) لقوله تعالى ـ واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم

(قوله عند من يقول بالأطهار) أقول : يعنى عند الشافعى (قوله ولفظ الثلاثة فى قوله مع ثلاثة قروء الخ) أقول : فيه بحث ، فإن التعرض للفظ الثلاثة يوجب لغوية قوله العمل بلفظ الجمع إلى هنا ، فالأولى أن يفسر لفظ الجمع فى كلام المصنف بالثلاثة فإنه جمع معنى وإن لم يكن صيغة وإلا فالجمع يطلق على فردين وبعض كما فى قوله تعالى ـ الحج أشهر معلومات ـ (قال المصنف : لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض الآية) أقول : لايخفى عليك أن المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر التى لم تحض لصغر هو آخر الآية لاماذكره فليتأمل .

(وكذا التى بلغت بالسن ولم تحض) بآخر الآية (وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها) لقوله تعالى ـ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ـ (وإن كانت أمة فعدتها حيضتان) لقوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » ولأن الرق منصّف والحيضة لاتتجزأ فكملت فصارت حيضتين ، وإليه أشار عمر بقوله : لواستطعت لجعلتها حيضة ونصفا

مورثة مالا وفى الحى رفعـــة لما ضاع فيها من قـــروء نسائكا

أى من أطهارهن للشغل بالغزو عنهن لا يوجب القصر عليه ، وكذا الاستشهاد بقوله صلى الله عليه وسلم « دعى الصلاة أيام أقرائك » لايوجبه ، فقدروى أبوداود والنسائى قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبى حبيش « فانظرى فإذا أتاك قروءك فلا تصلى ، فإذا مر قروءك فتطهرى وصلى » وقال الراجز :

يارب ذى ضغن وضب فارض له قروء كقروء الحائض

يريد كحيض الحائض ، فإن المعنى أن عداوته تجتمع فتهيج كدم الحائض ، على أنه قد قيل فى بيت الأعشى : إن المراد نفس الزمان : أى زمان الطهر ، فإن القرء يقال للزمان لغة كثيرا ، واستدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر « مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها إن شاء فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » يعنى بالأمر قوله تعالى ـ فطلقوهن لعدتهن ـ لايصح لأنه بناء على أن اللام فيه بمعنى فى وهو غير معهود فى الاستعمال ، ويستلزم تقدم العدة على الطلاق أو مقارنة له لاقتضائه وقوعه فى وقت العدة وقراءة «لقبل عدتهن» فى صحيح مسلم تنفيه إذ أفادت أن اللام فيه مفيدة معنى استقبال عدتهن وهذا استعمال محقق من العربية يقال فى التاريخ بإجماع العربية خرج لثلاث بقين ونحوه ، ويؤيده ماقال الطحاوى أن النبى صلى الله عليه وسلم خاطب ابن ابن عمر بذلك ، ومذهب ابن عمر أن الأقراء الحيض فلم يفهم أنها الأطهار ، وهذا بناء على مابيناه عنه من خلاف مانقلوه عنه ذكرناه آنفا ، وتمسكهم بتأنيث العدد فى قوله تعالى ـ ثلاثة قروء ـ وهو يقتضى تذكير المعدود والطهر هو المذكر لا الحيض ، فلو أريد الحيض لقيل ثلاث قروء ليس بشىء لأن الشىء إذا كان له اسمان مذكر كالبر والحنطة ولا تأنيث حقيقى يؤنث عدده إذا أضيف إلى اللفظ المذكر ويذكر إذا أضيف إلى المؤنث ، وفى العربية إذا كان المعدود مؤنثا واللفظ مذكرا أو بالعكس فوجهان ، وما نحن فيه كذلك ، فإن للدم اسمين مذكرا وهو القرء ومؤنثا وهو الحيض فحين أضيف إلى المذكر أنث ، وكذا على الأصل الآخر فإن الدم مذكر والقرء مذكر فيؤنث عدده . ثم ذكر المصنف ثلاثة أوجه : الأول قوله عملا بلفظ الجمع : أى العدد فإنه جمع معنى لاصيغة ، أو يريد الجمع الصيغى المقرون بالعدد تنصيصا على المراد بكميته : أعنى لفظ قروء المقيدة بثلاثة فإنه منقطع عنه احتمال أن يراد به غير الكمية العددية المذكورة لو كانت من كميات الجموع ، فكيف بالكمية التى ليست حقيقة الجمع وهى اللازمة من حمله على الأطهار حيث يصير طهرين وبعض الثالث إذا وقع فى الطهر وإلا لزم إحداث قول ثالث ، إذ كل من قال إنه الطهر قال تحتسب بالطهر الذى وقع فيه الطلاق وهو نقص عن التقدير القطعى الدلالة والثبوت ، بخلاف ما إذا حمل على الحيض ، فإنه لو وقع الطلاق فى الحيض لايحتسب بتلك

فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن ـ (وكذا التى بلغت بالسن) أى خمس عشرة سنة بآخر الآية وهو قوله تعالى ـ واللائى لم يحضن ـ عطف اللائى لم يحضن على اللائى يئسن وجعل لهما خبرا واحدا ، وفى هذا دلالة ظاهرة على أن الأصل فى العدة الحيض والشهور بدل عنها ، حيث جعل الأشهر عدة بشرط عدم الحيض كما فى قوله تعالى ـ فلم تجدوا ماء فتيمموا ـ (وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها ، لقوله تعالى ـ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وقوله (فإن كانت أمة) ظاهر .

(وإن كانت لاتحيض فعدتها شهر ونصف) لأنه منجز فأمكن تنصيفه عملا بالرق **(وعدة الحرة فى الوفاة أربعة أشهر وعشر)** لقوله تعالى ـ ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ـ

الحيضة فتكمل الثلاث فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة تثبت ضرورة التكميل وهو جائز ، إذ لايمكن التوصل إلى حقيقة إقامة الواجب إلا بها ، بخلاف طهرين وبعض الثالث فإنه لم يتحقق فيه حقيقته أصلا . لايقال : قد أريد بالعدد غير كميته المفادة به فى قوله تعالى ـ إن تستغفر لهم سبعين مرة ـ لأنا نقول : لم يرد بالعدد عدد آخر مباين له بل مجرد التكثير ، وأين هذا من أن يراد بسبعين مثلا ثمانون أو مائة . الثانى قوله ولأنه أى الحيض هو المعرف بالذات لبراءة الرحم ، بخلاف الطهر لأنه وإن دل فبواسطة الحيض الذى يستلزمه لأنه هو المفيد لعدم انسداد فم الرحم بالحبل إذ لو انسد به لم تحض عادة ، ولذا نص عليه الصلاة والسلام أن مفيد البراءة الحيض حيث قال فى السبايا « حتى يستبرأن بحيضة » ولم يقل بطهر . الثالث هو قوله صلى الله عليه وسلم « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » وتقدم فى باب الطلاق تخريجه . وأسند الشافعى : حدثنا سفيان بن عيينة عن محمد بن عبد الرحمن مولى أبى طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر رضى الله عنه قال : ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتد الأمة حيضتين ، فإن لم تكن تحيض فشهرين أو شهرا ونصفا . وكذا رواه الدارقطنى . والإجماع على أنها لاتخالف الحرة فيما به الاعتداد بل فى الكمية فيلتحق قوله تعالى ـ ثلاثة قروء ـ للإجمال الكائن بالاشتراك بيانا له . ومن الأدلة الظاهرة فيه قوله تعالى ـ واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ـ إلى قوله ـ فعدتهن ثلاثة أشهر ـ إذ لاشك فى أن الاعتداد بالأقراء أصل والأشهر خلف عنه إنما يصار إليه عند عدمها ، فلما علق سبحانه وتعالى المصير إليه بعدم الحيض دل أن الحيض هو المراد بالأقراء فى الآية وكونه ينعدم الطهر بعدم الحيض ، فالتعليق بعدم الحيض إنما هو لعدم الطهر احتمال يقابلة الظهور ، إذ الظاهر تعليق المصير إلى الخلف بعدم عين ماشرع أصلا لابعدم شىء آخر يستلزمه ، فكان الأصل أن يقال واللائى يئسن من القروء ، فلما جاء قوله تعالى بلفظ الحيض مكانه وهو مشترك علم أنه لإفادة أنه هو .

[فرع] تنقضى عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بأن وطئها وهى معتدة عالما بحرمتها ، بخلاف مالو ادعى الشبهة أو كان منكرا إطلاقها فإنها تستقبل العدة ، وإذا كان منكرا حتى لم تنقض العدة ليس لها أن تطالبه بنفقة هذه العدة ، ولو طلقها فى هذه العدة لايقع ويحل له نكاح أختها **(قوله وإن كانت لاتحيض)** لصغر بأن لم تبلغ سن الحيض على الخلاف فيه ، وأقله تسع على المختار ، أو كبر بأن بلغت سن الإياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى ـ واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ـ ذكر أن بعضهم لما نزلت آية القروء قالوا : قد علمنا عدة التى تحيض فالتى لاتحيض لاندرى ماعدتها ، فأنزل الله تعالى هذه الآية . والمعنى : إن ارتبتم فى عدة التى لم تحض فلم تعلموها فإنها ثلاثة أشهر . وقيل إن ارتبتم فى الدم الذى تراه من بلغت سن الإياس أهو حيض أو فساد فعدتهن ثلاثة أشهر . ثم قال المصنف : وكذا التى بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية : يعنى قوله تعالى ـ واللائى لم يحضن ـ يعنى التى لم تبلغ بالحيض بل بالسن بأن بلغت خمس عشرة سنة على

وقوله (وعدة الحرة فى الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى ـ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ـ) نسخ قوله تعالى ـ وصية

(وعدة الأمة شهران وخمسة أيام) لأن الرقّ منصف (وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها) لإطلاق قوله تعالى ـ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ـ

قولهما وسبع عشرة سنة على قول أبي حنيفة ومالك ولم تحض إذا طلقت تعتدّ بالأشهر أيضا ، ثم إن وقع الطلاق فى أول الشهر اعتدت بأشهر هلالية اتفاقا ، وإن وقع فى أثناء الشهر اعتبر كلها بالأيام فلا تنقضى إلا بتسعين يوما عند أبى حنيفة ، وعندهما يكمل الأول ثلاثين من الشهر الأخير والشهران المتوسطان بالأهلّة ، والله أعلم . ثم لايخفى ما فى كلام المصنف من عدم التحرير فإنه جمع بين التى لاتحيض لصغر أو كبر فى الاعتداد بثلاثة أشهر ، واستدل على ذلك بقوله تعالى ـ واللائى يئسن من المحيض ـ الآية ، ثم خص التى بلغت بالسن ولم تحض بآخرها حيث قال : وكذلك التى بلغت بالسن بآخر الآية . ولا يخفى أن آخرها : أعنى قوله تعالى ـ واللائى لم يحضن هو المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر التى لم تحض لصغر كما أنه المفيد للاعتداد بها فى التى بلغت بالسن . والحاصل أن من كان طهرها أصليا فعدتها بالأشهر سواء بلغت بالسن ولم تحض ، وإن استمرت لاتحيض إلى ثلاثين سنة فعدتها ثلاثة أشهر أو هى مراهقة أو لم تبلغ إلى سن يحكم بالبلوغ فيه على اختلافهم فيه أنه تسع أو سبع ، والأول أصح . وعن الشيخ أبى بكر محمد بن الفضل أنها إذا كانت مراهقة لاتنقضى عدتها بالأشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء أم لا ، فإن ظهر حبلها اعتدت بالوضع ، وإن لم يظهر فبالأشهر . وينبغى على هذا أن تحتسب بالأشهر التى وقفت ليظهر حبلها إذا لم يظهر ، فإنه ظهر بعدم الحبل أن تلك الأشهر كانت هى العدة ، وغاية الأمر أنها لم تدر وجه عدتها حتى انقضت . ولو حاضت التى بلغت بالسن والمراهقة فى أثناء الأشهر الثلاثة استأنفت العدة بالحيض . هذا وممن ذكر أنها تعتد بالأشهر المستحاضة التى نسيت عادتها ، وهو مما يلغز فيقال : مطلقة شابة ترى مايصلح حيضا فى كل شهر وعدتها بالأشهر ، لكن فى التحقيق ليس عدتها إلا بالحيض ، لكن لما نسيت عادتها جاز كونها أوّل كل شهر أو آخره ، فإذا قدرت بثلاثة أشهر علم أنها حاضت ثلاث حيض بيقين ، بخلاف التى لم تنس فإنها ترد إلى أيام عادتها ، فجاز كون عادتها أول الشهر فتخرج من العدة فى خمسة أو ستة من الثالث . واعلم أن إطلاقهم فى الانقضاء بثلاثة أشهر فى المستحاضة الناسية لعادتها لايصح إلا فيما إذا طلقها اول الشهر ، أما لو طلقها بعد مامضى من الشهر قدر مايصح حيضة ينبغى أن يعتبر ثلاثة أشهر غير باقى هذا الشهر والوجه ظاهر . ويجب فى التى بلغت مستحاضة مثل المستحاضة التى ضلت عادتها ثلاثة أشهر ، ثم أكثر المشايخ لايطلقون لفظ الوجوب على هذه الصغيرة لأنها غير مخاطبة بل يقولون تعتد . وفى المبسوط : قال بعض علمائنا هى لاتخاطب بالاعتداد ، ولكن الولى يخاطب بأن لايزوّجها حتى تنقضى مدة العدة مع أن العدة مجرد مضى المدة فثبوتها فى حقها لايؤدى إلى توجيه خطاب الشرع عليها ، ولا يخفى أن القائل الأول قوله مبنى على أنه يراها الحرمات أو التربص الواجب . فإن قلت : : وعلى تقدير كونها مضى المدة أليس أن فيها يجب أن لاتتزوّج فلابد أن يتعلق

لأزواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج ـ واستدل عليه بما روى « أن المتوفى عنها زوجها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه فى الاكتحال ، فقال صلى الله عليه وسلم : كانت إحداكن فى الجاهلية إذا توفى عنها زوجها قعدت فى شر أحلاسها فى بيتها حولا ثم خرجت فرمت كلبة ببعرة أفلا أربعة أشهر وعشرا » فسقط استدلال من يقول لها عدتان طولى وهى الحول والقصرى وهى أربعة أشهر وعشرا ، وإن الأولى هى العدة الكاملة وإن الثانية رخصة (وعدة الأمة شهران وخمسة أيام) لما عرف غير مرة أن الرق منصف (وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لإطلاق قوله تعالى ـ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ـ) وهو مذهب عمر وابن مسعود رضى الله عنهما . وكان على يقول : تعتد بأبعد الأجلين ، إما بوضع الحمل وإما بأربعة أشهر وعشر أيهما كان أبعد ،

خطاب نهى التزوّج بالولى فجعلها المدة كما قال شمس الأئمة لايستلزم انتفاء قول الأول يخاطب الولى بأن لايزوجها. فالجواب لايلزم ، فإنا إذا قلنا بأنها المدة فالثابت فيها عدم صحّة التزوّج لا خطاب أحد بل وضع الشارع عدم الصحة لو فعل (قوله وإن كانت حاملا[١]) يعنى المطلقة فعدتها بالوضع بالآية المذكورة وإن كانت أمة وأطلق فيتناول الحمل الثابت النسب وغيره ، فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند أبى حنيفة ومحمد ، وعند أبى يوسف بالحيض فى رواية عنه ، وسنبين ذلك فى مسئلة الصغير . وفى المنتقى : إذا خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين أو من قبل الرأس سوى الرأس انقضت العدة والبدن من المنكبين إلى الأليتين . وفى الخلاصة : كل من حبلت فى عدتها فعدتها أن تضع حملها ، والمتوفى عنها زوجها إذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور (قوله وإن كانت) أى المطلقة أمة فعدتها حيضتان لقوله صلى الله عليه وسلم « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » ولأن الرق منصف وقد تقدم توجيهه فى فصل المحرمات وغيره والحيضة لاتتجزأ فكملت ، وثبوت الزيادة لضرورة التكميل واجب لأن فيه تحقيق الواجب على ماتقدم آنفا (قوله وإليه أشار عمر[٢]) أى إلى أن تكميل الثانية ضرورة بقوله لو استطعت إلى آخره . أخرج عبد الرزاق: حدثنا ابن جريج عن عمرو بن دينار أنه سمع عمرو بن أوس الثقفى يقول : أخبرنى رجل من ثقيف قال : سمعت عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول : لو استطعت أن أجعلها حيضة ونصفا فعلت ، فقال له رجل : لو جعلتها شهرا ونصفا فسكت عمر . ورواه الشافعى فى مسنده وابن أبى شيبة فى مصنفه : حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار بباقى سند عبد الرزاق ، ويشبه أن يكون سكوت عمر لعدم الالتفات لقوله لأنه كان يتكلم فى ذات الأقراء ، والعدة بالأشهر لاتكون إلا لمن أيس منها ، فمشورة الرجل فى غير محل الحكم المذكور ، وأما إذا كانت لاتحيض من صغر أو كبر فعدتها شهر ونصف لأنه متجزئ فأمكن تنصيفه والمدبرة والمكاتبة ، وأم الولد فى الطلاق والفسخ كالأمة (قوله وعدة الحرة فى الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام) سواء كانت مدخولا بها أولا مسلمة أو كتابية تحت مسلم صغيرة أو كبيرة أو آيسة وزوجها عبد أو حر حاضت فى هذه المدة أو لم تحض ولم يظهر حبلها . وعن بعض السلف عدتها عزيمة عام ، ورخصة الأربعة الأشهر والعشرة الأيام لقوله تعالى ـ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم ـ الآية . والجمهور على نسخها بآية الأشهر : أعنى ماكان من وجوب الإيصاء والإيقاف إلى الحول . وقال الأوزاعى : أربعة أشهر وعشر ليال ، فلو تزوجت فى اليوم العاشر جاز أخذا من تذكير العدد : أعنى العشر فى الكتاب والسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » فيجب كون المعدود الليالى وإلا لأنثه . قلنا: الاستعمال فى مثله من ذكر عدة الليالى يدخل ما بإزائها من الأيام على ماعرف بالتاريخ حيث يكتب بالليالى فيقال لسبع خلون مثلا ويراد كون عدة الأيام كذلك ، وإن كانت أمة فشهران وخمسة أيام على وزان ماتقدم ، ثم ابتداء المدة من وقت الموت ، وعن على رضى الله عنه : من وقت علمها ، حتى لو مات فى سفر فلم يبلغها حتى مضت أربعة أشهر وعشر انقضت عدتها بذلك عند الجمهور ، وعنده رضى الله عنه : لاتنقضى العدة حتى تمر عليها من حين علمت لأن عليها الإحداد ولا يمكنها إقامته إلا بالعلم . قلنا : قصاراه أن تكون كالعالمة ولم تحد حتى مضت المدة تخرج اتفاقا من العدة على أن المقصود الأصلى منها عدم التزوّج وقد وجد ، ومعنى العبادة تابع لما سيذكر

لأن قوله تعالى ـ وأولات الأحمال أجلهن ـ الآية ـ يقتضى الاعتداد بوضع الحمل ، وقوله ـ يتربصن بأنفسهن ـ

(١) سبق الكلام على هذه القولات فى ص ٣١٠ وكررت هنا لزيادة الإيضاح اه مصححه .

(٢) هذه القولة متنها موجود أيضا فى ص ٣١٠ اه مصححه .

وقال عبد الله بن مسعود : من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التى فى سورة البقرة . وقال عمر : لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج

ووجوبها على الكتابية تحت المسلم يؤيده (قوله وإن كانت) أى المتوفى عنها حاملا فعدتها أن تضع حرة كانت أو أمة كالمطلقة والمتاركة فى النكاح الفاسد والوطء بشبهة إذا كانت حاملا كذلك لإطلاق قوله تعالى ـ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ـ وكان على رضى الله عنه يقول : لابد من الوضع والأربعة أشهر وعشر ، وهو قول ابن عباس ، لأن هذه الآية توجب عليها العدة بوضع الحمل ، وقوله تعالى ـ يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ـ يوجبها عليها فيجمع احتياطا . وفى موطإ مالك عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفوا فى المرأة تنفس بعد زوجها بليال ، فقال أبو سلمة : إذا وضعت ما فى بطنها فقد حلت ، وقال ابن عباس : آخر الأجلين ، فقال أبو هريرة رضى الله عنه : أنا مع ابن أخى : يعنى أبا سلمة ، فأرسلوا كريبا مولى ابن عباس إلى أم سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك ، فأخبرهم أنها قالت : « ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بليال ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : قد حللت فانكحى من شئت » . وفى الترمذى : «أنها وضعت بعد وفاته بثلاث وعشرين أو خمسة وعشرين يوما» . وأخرج البخارى عن ابن مسعود قال : أتجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون لها الرخصة ، لنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى يريد بالقصرى ـ يا أيها النبى إذا طلقتم النساء ـ والطولى البقرة ، والمباهلة الملاعنة ، كانوا إذا اختلفوا فى شيء اجتمعوا وقالوا بهلة الله على الظالم منا . وقيل هى مشروعة فى زماننا . وقد ورد بلفظ الملاعنة أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه بلفظ : من شاء لاعنته لأنزلت سورة النساء القصرى بعد الأربعة أشهر وعشر . وأخرجه البزار بلفظ : من شاء حالفته . وأسند عبد الله بن أحمد بن حنبل فى مسند أبيه عن أبى بن كعب رضى الله عنه « قلت للنبى صلى الله عليه وسلم ـ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ـ المطلقة ثلاثا أو المتوفى عنها زوجها فقال : هى المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها زوجها » وفيه المثنى بن صباح وهو متروك . وقول عمر رواه فى الموطإ عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة التى توفى عنها زوجها وهى حامل فقال : إذا وضعت حملها فقد حلت ، فأخبره رجل من الأنصار أن عمر قال : لو وضعت وزوجها على سريره ولم يدفن بعد حلت . وفيه رجل مجهول . وفى الصحيحين حديث عمر بن عبد الله بن الأرقم « أنه دخل على سبيعة بنت الحرث الأسلمية فسألها عن حديثها ، فأخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة وهو من بنى عامر بن لؤى ، وكان ممن شهد بدرا ، فتوفى عنها فى حجة الوداع وهى حامل ، فلم تنشب أن وضعت حملها ، فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب ، فدخل عليها أبو السنابل ابن بعكك رجل من بنى عبد الدار فقال : مالى أراك متجملة لعلك ترجين النكاح ، والله ما أنت بناكحة حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر ، قالت : فلما قال لى ذلك جمعت على ثيابى حين أمسيت ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك ، فأفتانى أنى قد حللت حين وضعت حملى ، وأمرنى بالتزوج إن بدا لى » . وكلما كان الاعتداد بالوضع لاتنقضى العدة إلا بوضع الكل ، فلو وضعت ولدا وفى بطنها آخر لم تنقض عدتها وقولها أفتانى أنى قد حللت حين وضعت يرد قول من قال من السلف : لاتحل حتى تنقضى مدة نفاسها ، كأنهم أخذوه من

يوجب الاعتداد بأربعة أشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا (وقلنا : قال عبد الله بن مسعود : من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى : يعنى سورة ـ يا أيها النبى إذا طلقتم النساء ـ إلى آخرها نزلت بعد التى فى سورة البقرة) يريد أن قوله تعالى ـ وأولات الأحمال ـ متأخر عن قوله ـ يتربصن بأنفسهن ـ فيكون ناسخا فى ذوات الأحمال (وقال عمر : لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج)

(وإذا ورثت المطلقة فى المرض فعدتها أبعد الأجلين) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد : وقال أبو يوسف : ثلاث حيض ، ومعناه إذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا . أما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالإجماع . لأبى يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلاث حيض ، وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح فى الوفاة إلا أنه بقى فى حق الإرث لافى حق تغير العدة ، بخلاف الرجعى لأن النكاح باق من كل وجه . ولهما أنه لما بقى فى حق الإرث يجعل باقيا فى حق العدة

قوله : فلما تعلت من نفاسها قال لها انكحى من شئت . رتب الإحلال على التعلى فيتراءى توقفه على الطهر فيتقيد به ، لكن ماذكرنا صريح فى ثبوت الحل بالوضع ، ولو تزوجت بعد الأشهر ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من المدة ظهر فساد النكاح ولحق بالميت (قوله وإذا ورثت المطلقة فى المرض) يتعلق بالمطلقة : أى ورثت التى طلقت فى المرض بأن طلقها بغير رضاها بحيث صار فارا ومات وهى فى العدة (فعدتها أبعد الأجلين) أى الأبعد من أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض ، فلو تربصت حتى مضت ثلاث حيض ولم تستكمل أربعة أشهر وعشرا لم تنقض عدتها حتى تستكملها ، وإن مضت أربعة أشهر وعشر ولم تمض لها ثلاث حيض بأن امتد طهرها لم تنقض عدتها حتى تمضى ، وإن مكثت سنين مالم تدخل سن الإياس فتعتد بالأشهر . إذا عرفت هذا فمن فسر أبعد الأجلين بأنها تعتد بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض مقصر ، إذ لايصدق إلا إذا كانت الأربعة أشهر وعشر أبعد من الثلاث حيض ، وحقيقة الحال أنه لابد من أن تتربص آخر الأجلين ، وهذا الحكم ثابت فى صور إحداها هذه . والثانية إذا قال لزوجتيه أو زوجاته إحداكن طالق بائن ومات قبل البيان فعلى كل واحدة الاعتداد بأبعد الأجلين ولو بين فى إحداهما كان ابتداء العدة من وقت البيان . والثالثة أم الولد إذا مات زوجها وسيدها ولم يدر أيهما مات أولا وعلم أن بينهما شهرين وخمسة أيام فصاعدا ، وسنفصلها إن شاء الله تعالى . ثم المراد بذلك الطلاق الطلاق البائن واحدة أو ثلاثا ، أما إذا طلقها رجعيا فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها فى مرضه أو فى صحته ودخلت فى عدة الطلاق ثم مات الزوج فإنها تنتقل عدتها إلى عدة الوفاة وترث ، بخلاف ما إذا طلقها بائنا فى صحته ثم مات لاتنتقل ولا ترث بالاتفاق (قوله لأبى يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالبائن ولزمها ثلاث حيض حكما له ، وإنما تلزم عدة الوفاة إذا انقطع بالموت وليس فليس ، وإنما بقى فى حق الإرث) لإجماع الصحابة ردا لقصده السيئ عليه ، وهذا لايستلزم الحكم ببقائه فى حق العدة فلا تتغير به العدة ، بخلاف الرجعى لأن النكاح قائم من كل وجه

(وإذا ورثت المطلقة فى المرض فعدتها أبعد الأجلين) عدة المطلقة بطلاق الفار إذا كان بائنا أو ثلاثا أبعد الأجلين أن تعتد أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض ، حتى لو اعتدت أربعة أشهر وعشرا ولم تحض كانت فى العدة مالم تحض ثلاث حيض ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام أربعة أشهر وعشر لاتنقضى عدتها حتى تتم المدة (عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : ثلاث حيض وأما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالإجماع . لأبى يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق) لأن الكلام فى الطلاق البائن وهو قاطع للنكاح بلا خلاف ، ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلاث حيض لأن عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك . فإن قيل : لو كان كذلك لما بقى فى حق الإرث . أجاب بقوله إلا أنه بقى فى حق الإرث : يعنى بالدليل الدال على توريثها (لا فى حق تغيير العدة ، بخلاف الطلاق الرجعى لأن النكاح باق من كل وجه) لما تقدم (ولهما أنه لما بقى فى حق الإرث يجعل باقيا فى حق العدة) وبيان الملازمة بقوله (احتياطا) بيانه أنه إنما أعطيناها الميراث باعتبار أن

احتياطا فيجمع بينهما ، ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأة فعدتها على هذا الاختلاف . وقيل عدتها بالحيض بالإجماع لأن النكاح حينئذ ما اعتبر باقيا إلى وقت الموت فى حق الإرث لأن المسلمة لاترث من الكافر (فإذا عتقت الأمة فى عدتها من طلاق رجعى انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر) لقيام النكاح من كل وجه (وإن أعتقت وهى مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها

وإنما انقطع بالموت فتجب عدة الوفاة فيه (قوله فيجمع بينهما) أى بين عدة الطلاق والوفاة ، وذلك لأنه انقطع بالوفاة حقيقة وبالموت حكما ؛ أما الأول فبفرض المسئلة أنه أبانها قبل الموت وباعتباره يجب عدة الطلاق . وأما الثانى فاعتبار قيام النكاح عند الموت فإن توريثها يستلزم ذلك ولازمه لزوم عدة الوفاة ولازم اللازم لازم فيلزم توريثها الاعتداد بعدة الوفاة فتجب عدة الوفاة ، لكن بقى قول أبى يوسف إن اعتباره قائما لرد قصده عدم توريثها عليه لايستلزم أن يبقى فى حق العدة . وجوابه أن الإرث لايثبت بالشك والعدة تثبت به ، فإذا بقى النكاح شرعا فى حق الإرث فلأن يبقى فى حق العدة أولى مع أن الأصل أن الشىء إنما يثبت بلازمه ، وهذا هو معنى قول المصنف احتياطا (قوله ولو قتل على ردته الخ) جواب عن مقيس عليه مقدر لأبى يوسف ، وهو أنه لو ارتد زوج المسلمة فمات أوقتل على ردته ترث زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بل الحيض لأن زوال النكاح كان بالردة لابالوفاة ، فكذا هنا زواله بالطلاق لابالموت فلا تجب عدة الموت ، فأجاب بمنع حكم الأصل أولا فقال : لانسلم أنه لايلزمها عدة الوفاة بل تلزمها إليه أشار الكرخى ، وما ذكرت من مذهبك فهو على الخلاف فيلزمها الجمع بين المدة والحيض فلا يصح به الإلزام . ولئن سلمنا أن لزوم الحيض اتفاق فالفرق أن توريثها وهو الحكم الثابت يفيد أنه لم يعتبر النكاح شرعا قائما إلى الموت ، لأنه لو اعتبر كذلك لم ترث إذ لايرث المسلم الكافر فيلزم العلم باعتبار استناد الإرث إلى وقت حدوث الردة اعتبارا للردة موتا حكما وقد تحقق هذا الموت وهما مسلمان ، غير أنه زال به إسلامه وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة (قوله فإذا عتقت الأمة فى عدتها من طلاق رجعى انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر فتكمل ثلاث حيض لقيام النكاح من كل وجه) أى بعد الطلاق

النكاح بمنزلة القائم بينهما حكما إلى وقت الموت ، أو باعتبار إقامة العدة مقام أصل النكاح حكما ، إذ لابد للميراث من قيام السبب عند الموت ، والميراث لايثبت بالشك والعدة تجب به . فإذا جعل النكاح فى حكم الميراث كالمنتهى بالموت حكما فى حكم العدة أولى . وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر حقيقة فألزمناها الجمع بينهما احتياطا . وقوله (ولو قتل على ردته) جواب عما استدل به أبو يوسف فقال : ألا ترى أن المرتد إذا مات أو قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالإجماع لأن زوال النكاح كان بردته لابموته فكذلك زوال النكاح ههنا بالطلاق البائن لا بالموت . وتقريره أن ذلك أيضا على هذا الاختلاف عندهما تعتد بأبعد الأجلين فلا ينتهض دليلا . وقيل عدتها بالحيض بالإجماع وعذرهما عن ذلك ماذكره فى الكتاب أن النكاح ما اعتبر باقيا إلى وقت الموت فى حق الإرث لأنها عنده مسلمة ، والمسلمة لاترث الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث إلى وقت الردة ، وبذلك السبب لزمتها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة ، وههنا استحقاق الميراث عند الموت لاعند الطلاق ، فعرفنا أن النكاح كالقائم بينهما إلى وقت الموت حكما . وقوله (فإذا عتقت الأمة فى عدتها)

(قوله أو باعتبار إقامة العدة الخ) أقول : فيه تأمل ، فإنها لاتنتهى بالموت وإنها موجودة فى طلاق الصحيح إذا مات قبل انقضاء العدة

(قوله لأنها عنده مسلمة) أقول : ضمير عنده راجع إلى الموت .

إلى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة أو الموت (وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض مامضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض) ومعناه إذا رأت الدم على العادة لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح ، فظهر أنه لم يكن خلفا وهذا لأن شرط الخلفية تحقق اليأس وذلك باستدامة العجز إلى الممات كالفدية

الرجعي ، فلما أعتقت والحال قيامه من كل وجه كمل ملك الزوج عليها ، والعدة فى الملك الكامل مقدرة شرعا بعدة الحرائر ثلاث حيض ، كذا فى الكافى . ووضع فى شرح الكنز لفظ الطلاق مكان لفظ العدة فقال : والطلاق فى الملك الكامل يوجب عدة الحرائر ، ولا يخفى أن الطلاق لم يحدث فى الملك الكامل بل طرأ كمال الملك بعده بالعتق اللهم إلا أن يجعل لبقائه الحكمى حكم ابتدائه وهو ممكن لو كانت إجماعية لكن هى خلافية ، وبقولنا قال الشافعى فى الأظهر وأحمد وإسحاق والحسن والشعبى والضحاك . وقال مالك وأبو ثور : لا تكمل عدتها فى الرجعى والبائن . وعن الزهرى وعطاء وقتادة تكمل فلابد من إثبات اعتبار بقائه كابتدائه . وجه قول مالك أن بمجرد الطلاق تم سبب عدة الإماء ، وشرطها وهو ورود الطلاق على أمة عقيب نكاح متأكد ، فلو وجبت عدة الحرائر كان على خلاف مقتضى السبب . وتحقيق الجواب منع تأثير سبب العدة فى كمية مخصوصة ، فالنكاح شبب للعدة عند الطلاق فقط لابقيد كمية خاصة ، إذ لايعقل تأثير النكاح فى خصوص كمية بل فى مطلق التربص تعرفا وتأسفا ، وتقدير الكمية لحكمة أخرى سنذكرها فى عدة النكاح الفاسد ، وحينئذ سلم الوجه المذكور للانتقال عن المعارض وقد صور الانتقال إلى جميع كميات العدة البسيطة وهى أربعة . صورتها أمة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فعدتها شهر ونصف ، فلو حاضت فى أثنائها انتقلت إلى حيضتين . فلو أعتقت قبل مضيهما صارت ثلاث حيض ، فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت إلى أربعة أشهر وعشر (قوله وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور) يمكن كون كان تامة : يعنى إذا وجدت امرأة آيسة فاعتدت بالشهور (قوله ثم رأت الدم) بعد انقضاء الأشهر أو فى خلالها (انتقض مامضى من عدتها) وظهر فساد نكاحها الكائن بعد تلك العدة ، حتى لوكانت حبلت من الزوج الآخر انتقضت عدتها وفسد نكاحها صرحوا به ، ويندرج فى إطلاق الانتقاض وهو لازم للتعليل الذى ذكره فى الكتاب بقوله (لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح فظهر أنه لم يكن خلفا) وعلله بأن شرط الخلفية : أى خلفية الاعتداد بالأشهر عن الحيض تحقق الإياس بالنص وهو قوله تعالى – واللائى يئسن من المحيض – الآية ، والإياس لايتحقق

ظاهر . واعترض بأن العدة حكم زوال الزوجية ، وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغى أن لاتتحول العدة فى الرجعى أيضا لأنها عند الزوال أمة ولهذا تعتد من وقت الطلاق . وأجيب بأنها إنما تحولت لأن سببها وهو الزوال متردد فكانت مترددة لتردد سببها فتغيرت ، ولهذا تحولت بالموت من الأقراء إلى الشهور ، بخلاف البائن فإن سببه ليس بمتردد فلم تتحول العدة بالعتق . قوله (وإن كانت آيسة) ظاهر . وقوله (وإذا رأت على العادة) يعنى إن رأت دما سائلا ، وكان محمد بن إبراهيم الميدانى يقول : إذا رأت دما سائلا كما كانت تراه فى زمان حيضها فهو حيض ، وإن رأت بلة يسيرة لم تكن حيضا بل ذلك من نتن الرحم فكان فاسدا لايتعلق به حكم الحيض . وقوله (لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح) قيد بالصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل الرازى فإنه كان يقول

(قوله وأجيب بأنها إنما تحولت لأن سببها وهو الزوال ، إلى قوله : فلم تتحول العدة بالعتق) أقول : لا يقال يرد هذا الجواب قول المصنف لقيام النكاح من كل وجه لأن ذلك بالتبين إذا راجع ، وأما إذا لم يراجع فالمبطل يعمل عمله من وقت وجوده وقد مر فى باب الرجعة .

. . . .

إلا باستدامة العجز إلى الممات كالفدية فى حق الشيخ الفانى ، فإذا ظهر الدم ظهر عدم الخلفية فظهر عدم انقضاء العدة ، إلا أن هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضا ، وهذا ليس بلازم من مجرد وجوده لجواز كونه دما فاسدا فلذا قيده بقوله ومعناه إذا رأت الدم على العادة لأنه حينئذ ظاهر فى أنه ذلك المعتاد ، وعود العادة يبطل الإياس ثم فسر بعضهم هذا بأن تراه سائلا كثيرا جعله احترازا عما إذا رأت بلّة يسيرة ونحوها ، وقيدوه أيضا بأن يكون أحمر أو أسود ، فلو كان أصفر أو أخضر أو تربية لايكون حيضا ، ومنهم من لم يتصرف فيه فقال معناه : إذا رأته على العادة الجارية ، وهو يفيد أنها إذا كانت عادتها قبل الإياس أصفر فرأته كذلك أو علقا فرأته كذلك كان حيضا مظهرا عدم انقضاء العدة بالأشهر ، ثم أطلق المصنف انتقاض العدة والاستئناف ، فاقتضى ثبوت ذلك سواء قلنا بتقدير الإياس بمدة أولا . وذكر فى المحيط أن فى ذلك روايتين : فى رواية لاتقدير فيه، وإياسها على هذه أن تبلغ من السن مالا يحيض فيه مثلها ، فإذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم بإياسها، فإن رأت بعد دما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بتلك الأشهر ويظهر فساد النكاح . ويمكن كون المراد بمثلها فيما ذكر المماثلة فى تركيب البدن والسمن والهزال . وفى رواية : يقدر بخمس وخمسين سنة وهو رواية الحسن ، وعليه أكثر المشايخ ، وفى المنافع وعليه الفتوى . وعن محمد أنه قدره فى الروميات بخمس وخمسين سنة ، وفى غيرهن بستين وعنه بسبعين ، وبه قال الصفار . وقال أبو الليث : لوحاضت ثم انقطع عنها الدم تصير ستين سنة وتعتد ، ولو كانت عادة أمها وأخواتها انقطاعه قبل الستين تأخذ بعادتهن وبعد الستين لاتأخذ بعادتهن . وقال الأقطع : فإذا رأت الدم بعد ذلك لايكون حيضا كالدم الذى تراه الصغيرة التى لايحيض مثلها . وهذه العبارة تفيد أنه لايحتاج إلى حكم القاضى بالإياس ، وكذا العبارة القائلة إذا بلغت المقدر : يعنى وانقطع حيضها حكم بإياسها ، فإن رأت الدم بعد ذلك لايكون حيضا إنما يقتضى أن يكون عند بلوغ المقدر مع الانقطاع يحكم به شرعا . وقيل يكون حيضا ويبطل به الاعتداد بالأشهر ويظهر فساد النكاح ، لأن الحكم بالإياس بعد خمس وخمسين إذا لم تر الدم بالاجتهاد والدم حيض بالنص ، فإذا رأته فقد وجد النص ، بخلاف الاجتهاد فيبطل ، كذا نقله بعضهم ، وهو يفيد كون الخلاف إنما هو على رواية التقدير ، وأما على رواية عدمه فلا خلاف فى الانتقاض . وفى الغاية معزيا إلى الإسبيجابى على رواية عدم التقدير . قالوا : ولو اعتدت بالأشهر ثم رأت الدم لاتبطل الأشهر ، وهو المختار عندنا ، فثبت اختلاف المشايخ على الروايتين . وفى بعض العبارات مايفيد أن عدم الانتقاض إذا حكم القاضى بالإياس ، ويقيد الانتقاض بعدم حكمه به . فى الخلاصة نقل من نوادر الصلاة عن محمد فى العجوز الكبيرة إذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض . ثم نقل قول ابن مقاتل إنها محمولة على ما إذا لم يحكم بإياسها ، أما إذا انقطع وحكم بإياسها وهى ابنة سبعين سنة أو نحوه فرأت الدم لايكون حيضا . وقال بعده بخطوط : وطريق القضاء أن يدعى أحد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة فيقضى القاضى بجوازه بانقضاء العدة بالأشهر . قال : وكان الصدر الشهيد يفتى بأنها لو رأت بعد ذلك دما يكون حيضا ، ويفتى ببطلان الاعتداد بالأشهر إن كانت رأت الدم قبل تمام الأشهر ، وإن كانت رأته بعد تمام الاعتداد بالأشهر لاتبطل الأنكحة قضى القاضى بجواز النكاح أو لم يقض . ثم ذكر الخلاف صريحا مبنيا على ماقلناه من مجموع النوازل أن الآيسة إذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رأت الدم

هذا إذا لم يحكم بإياسها ، فأما إذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم بإياسها وكانت ابنة تسعين سنة أو نحوها فرأت

فى حق الشيخ الفانى (ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالشهور) تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل

يكون النكاح فاسدا عند بعض المشايخ رحمهم الله ، إلا إذا قضى القاضى بجواز النكاح ثم رأت الدم لايكون النكاح فاسدا . ثم قال : والأصح أن النكاح يكون جائزا ولا يشترط القضاء . وفى المستقبل : العدة بالحيض انتهى. فتحصل فى المسئلة أقوال على التقدير وعدمه ، وهى تنتقض إذا رأته قبل انقضاء الأشهر وبعدها فى الماضى والمستقبل قدر أقل مدة الإياس أولا حكم بالإياس أولا ، وهو ظاهر مختار المصنف من التصوير والتعليل لاتنتقض مطلقا ، تنتقض كذلك إذا رأته قبل تمام الأشهر ، وإن كان بعدها فلا يبطل فلا تنتقض الأنكحة قضى بالإياس أولا ، وهو قول الشهيد تنتقض إذا لم يكن قضى بإياسها كما قلنا لاتنتقض إن كان حكم بإياسها ، وهو بأن يدعى فساد النكاح فيحكم بصحته وبانقضاء العدة ، وتنتقض إذا لم يكن حكم بالإياس . والقول الصحيح لمصحح فى النوازل انتقض فى المستقبل فلا تعتد إلا بالحيض لا الماضى ، فلا تفسد الأنكحة المباشرة عن الاعتداد بالأشهر . وإذا عرفت هذا فقول المصنف هو الصحيح احتراز عن كل قول يخالف إطلاق الانتقاض مطلقا كان أو مفصلا ، ومبنى مختاره على اشتراط تحقق الإياس لخلفية الأشهر بالنص ، وإن تحقق اليأس لايكون إلا باستدامة الانقطاع إلى الممات ، ولا شك فى الأول ، لكن كون تحققة موقوفا على استدامة الانقطاع لاأعلم فيه دليلا سوى مايتوهم من لفظ اليأس أنه يقتضى ذلك ، ولا شك أن اليأس من مقولة الإدراك فإنه ليس إلا اعتقاد أن الشىء لايقع أبدا ؛ أما إنه يستدعى كون ذلك الاعتقاد علما حتى لايتصور وجود خلاف متعلقه فلا ، ولذا قد يتحقق اليأس من الشىء ثم يوجد ، وكثيرا ما يقال فى الوقائع كنت أيست من كذا ثم وجدته . فإنما يستدعى سببا له ، وكونه بأن ينعدم الحيض ويمد وينتفى مخايل وجوده فى باقى العمر لكبر السن كاف فيه ، وعلى هذا إذا رأته بعد الإياس لاينتقض مامضى ، ولا يفسد النكاح المباشر عن اعتداد بالأشهر لوقوعه معتبرا لوجود شرطه ، ويبقى النظر بعد ذلك فى أنه هل ينتقض فيما يستقبل فلا تعتد إلا بالحيض فيكون هذا ماصححه فى مجموع النوازل ، أو لاينتقض فيما يستقبل أيضا كقول الصفار وغيره ، وهو ينبنى على النظر فيما يترجح فى هذا المرئى بعد الإياس أهو حيض أم دم فاسد ، ولا تعلق له بالقضاء بالإياس وعدمه ، إذ القضاء لايرفع وجود المحسوسات فى المستقبل ، والوجه يقتضى الاختلاف فى المستقبل فلا ينتقض مامضى لوجود الشرط وهو الإياس لوجود سببه وهو الانقطاع فى سنه وهو الذى يغلب فيه ارتفاع الحيض وسو الخمس والخمسون وعدم مخايل كونه امتدادا للطهر ولا يجوز فى المستقبل إلا الحيض لتحقق الدم المعتاد خارجا من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المعتاد ، وقد علمت أن الإياس لاينافيه ، فإذا تحقق الإياس تحقق حكمه ، وإذا تحقق الحيض تحقق حكمه ، والله سبحانه أعلم . وأما كون العجز المستدام شرطا فى الشيخ الفانى فلا يستلزم مثله فى الإياس إذ لاملازمة بينهما تثبت شرعا ، والمسئلة نصية لا قياسية ، نص تعالى على تعليق الاعتداد بالأشهر عند الإياس وقد وجد فثبت الاعتداد بها بالنص ثم زال الإياس فثبت الاعتداد بالأقراء بالنص (قوله ولو حاضت حيضتين ثم أيست) بأن بلغت سن الإياس عند الحيضتين وانقطع ، أو انقطع عندهما فى سن لم تحض فيه أمها وأخواتها على ماذكر الفقيه . وقوله (تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل) هذا التعليل هو المفيد لكون المراد من قوله تعتد بالشهور أنها تستأنف العدة بالشهور . وأورد عليه أن المتوضئ إذا سبقه الحدث فى الصلاة ولا ماء يتيمم ويبنى ، وكذا لو صلى أول صلاته

الدم بعد ذلك لم يكن حيضا . وقوله (تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل) منقوض بمن صلى بوضوء ثم سبقه الحدث

(والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض فى الفرقة والموت) لأنها للتعرف عن براءة الرحم لاالقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف

بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالإيماء وهما بدلان . أجيب بالمنع فليس الصلاة بالتيمم بدلا عن الصلاة بالوضوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به خلف عنها بالماء ، والجمع أن يجمع بين التراب والماء فى رفع حدث واحد ، وليست هذه كذلك بل رفع الحدث الأول بالماء ورفع الثانى بالتراب ، ولا الإيماء خلف عن الأركان لأنه موجود فيها وزيادة ، ولكن سقط عنه بعض مالا يقدر عليه للعذر وبقى البعض على حاله ، وبعض الشىء لايكون خلفا عن الكل لوجوده معه فيستلزم كونه خلفا عن نفسه ، فإنما تكون الخلفية بشىء آخر (قوله والمنكوحة نكاحا فاسدا) وهى المنكوحة بغير شهود ونكاح امرأة الغير ولا علم للزوج الثانى بأنها متزوجة ، فإن كان يعلم لاتجب العدة بالدخول حتى لايحرم على الزوج وطؤها لأنه زنا ، وإذا زنى بامرأة حل لزوجها وطؤها ، وبه يفتى ، كذا فى الذخيرة . ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما ، والموطوءة بشبهة كالتى زفت إلى غير زوجها والموجودة ليلا على فراشه إذا ادعى الاشتباه (قوله عدتهما الحيض فى الفرقة) الكائنة بتفريق القاضى أو عزم الواطئ على ترك وطئها (والموت) أى موت الواطئ وذلك لقوله تعالى ـ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا ـ ومطلق اسم الزوج إنما يقع على المتزوج بنكاح صحيح ، فالعدة فى حقهما للتعريف لالإظهار خطر النكاح بإظهار التأسف على زواله ، غير أن الفاسد ملحق بالصحيح . فتعرف البراءة فيه يجب أن يكون على الوجه الذى هو ثابت فى الصحيح فلذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحدة كما فى الاستبراء ، وإنما وجبت فى الصحيح ثلاثا لأن المقصود فيه التعرف على وجه الاحتياط ، وحيض الحامل مما يجوز لأنه مجتهد فيه ، فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به ، أو استحاضة معه عندنا ، وغاية الأمر أنه مخالف للعادة ، بخلاف ما إذا تكرر فى الأشهر فإنه يضعف تجويز الحمل معه لضعف تجويز مخالفة العادة كثيرا

ولم يجد ماء فإنه يبنى بالتيمم ، وكذلك إذا عجز عن الركوع والسجود يومئ ، وفى ذلك جمع بين البدل والمبدل . وأجيب بأن البدلية إما أن تعتبر فى الصلاة أو فى الطهارة ، وكلاهما غير صحيح . أما الأول فلأن الصلاة بالتيمم ليست ببدل عن الصلاة بالوضوء ، وكذلك الصلاة بالإيماء ليست ببدل عن الصلاة بالركوع والسجود لأن بعض الشىء لايكون بدلا عن كله . وأما الثانى فلأن الطهارة وإن كانت فيها البدلية لكن لاجمع بينهما لأن إحدى الطهارتين لاتكمل بالأخرى . وأما العدة بالشهور فبدل عن الحيض وإكمال البدل بالأصل جمع بينهما . قال (والمنكوحة نكاحا فاسدا) كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علمائنا ، والمحرم إذا نكحها المحرم عالما بحرمتها عند أبى حنيفة (والموطوءة بشبهة) وهى التى زفت إلى غير زوجها فوطئها (عدتهما الحيض فى الفرقة والموت جميعا لأنها) أى لأن عدتها (للتعرف عن براءة الرحم لالقضاء حق النكاح إذ لاحق للنكاح الفاسد والوطء بشبهة (والحيض هو المعرف)

(قوله إذا عجز عن الركوع والسجود يومئ الخ) أقول : يعنى بعد ماصلى أولها بركوع وسجود (قوله فلأن الطهارة وإن كانت فيها البدلية لكن لاجمع بينهما الخ) أقول : يعنى أن المراد بالجمع هو إكمال أحدهما بالآخر ، وليس ذلك بموجود فى الطهارتين فإنه لم يجمع بينهما فى رفع حدث واحد بل رفع الحدث الأول بالماء والثانى بالتراب ، نعم اجتمعا فى صلاة واحدة (قوله وأما العدة بالشهور فبدل عن الحيض) أقول : قال الله تعالى ـ واللائى يئسن من المحيض ـ الآية (قوله عالما بحرمتها عند أبى حنيفة رحمه الله) أقول : يعنى أنه فاسد عنده خلافا لهما فإنه باطل عندهما ، وسيجىء فى الحدود .

(وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض . وقال الشافعي : حيضة واحدة)

بالحيض أو الاستحاضة مع الحمل بالنسبة إلى مخالفتها قليلا وهو ثبوت الحمل مع الدم مرة ، بخلاف الاستبراء فإن التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فإنه لم يتمحض له ، ألا ترى أنه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك أن فيه شائبة التعبد (قوله وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض) فإن لم تحض فثلاثة أشهر : يعني إذا لم تكن حاملا ولا تحت زوج ولا فى عدته ، فإن كانت كذلك فعدتها بوضع الحمل فى الأول . وفى الثانى والثالث لا يجب عليها عدة من المولى لعدم ظهور فراش المولى . ولو مات زوجها ومولاها ولا يدرى أيهما أول ، فإما أن يعلم أن بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام كائنا ما كان ذلك من يوم إلى شهرين وأربعة أيام ، أو يعلم أنه شهران وخمسة أيام فصاعدا ، أو لا يعلم كم بينهما ، ففى الأول تعتد بأربعة أشهر وعشر لأنه إن كان موت المولى أولا فلا عدة منه لأنها ذات بعل ، ثم موت الزوج بعده وهى حرة موجب لأربعة أشهر وعشر ، وإن كان موت الزوج أولا لزمها شهران وخمسة أيام ، ثم موت المولى قبل تمام عدتها موجب للعتق غير موجب للعدة لأنها معتدة ولا لتغيرها لأنها تختص بفرقة الرجعى فتيقنا بعدم وجوب العدة من جهة المولى ودارت فى الزوج بين كونها أربعة أشهر وعشرا وشهرين وخمسة أيام فوجب الاحتياط فلزمها أربعة أشهر وعشر ، وفى الثانى يجب أن تعتد بأبعد الأجلين : يعنى تجمع بين أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض ، لأن السيد إن كان مات أولا ثم مات الزوج فعليها أربعة أشهر وعشر لما قلنا ، وإن كان الزوج مات أولا فعدتها شهران وخمسة أيام ، ثم موت السيد بعدها يوجب عليها ثلاث حيض لأنه بعد انقضاء عدة الزوج ، فعلى تقدير عدتها أربعة أشهر وعشر وعلى تقدير عدتها شهران وخمسة أيام وثلاث حيض ، فلما لم يعلم الواقع كان الاحتياط بأن تعتد بأكثر ما يلزمها ، وفى الثالث كذلك عندهما لاحتمال كون الواقع على الوجه الذى ذكرناه . وعند أبى حنيفة تعتد بأربعة أشهر وعشر فقط لاحتمال أن الزوج هو المتأخر ، ولا يعتبر فيها الحيض لأن سبب وجوب العدة للمولى وهو ظهور فراشه لم يوجد ، والاحتياط إنما يكون بعد ظهور السبب لأنه العمل بأقوى الدليلين ولا يخفى أنه مشترك الإلزام (قوله وقال الشافعى : حيضة واحدة) وهو قول مالك وأحمد ، وقولهم قول ابن عمر وعائشة . وعن سعيد بن المسيب وابن جبير وابن سيرين ومجاهد والزهرى والأوزاعى وإسحاق أنها تعتد بأربعة أشهر ، وقولنا قول عمر وعلى وابن مسعود وعطاء والنخعى والثورى . وعند الظاهرية لا استبراء على أم الولد وتتزوج إن شاءت إذا لم تكن حاملا ، وهذا بناء على عدم اعتبارهم القياس الجلى وهو المسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا بمفهوم الموافقة ، وهذه المسئلة قياسية ، ولا شك أنه يتحقق بموت المولى وعتقه كل من أمرين : زوال ملك اليمين ، وزوال الفراش . فقاسوا على الأول هكذا تربص

ولا تفرقة فى ذلك بين الفرقة والموت . فإن قيل : فعلى هذا وجب أن يكتفى بحيضة واحدة أو شهر كما فى الاستبراء وليس كذلك ؟ أجيب بأنها إنما كانت ثلاث حيض إلحاقا للشبهة بالحقيقة ، فإن أحكام العقد الفاسد أبدا يؤخذ من حكم الصحيح كما فى البيع الفاسد والإجارة الفاسدة فإنهما يفيدان إفادة الصحيح ؛ غير أن ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء فيه ولذلك يثبت أجر المثل دون المسمى كذلك ، وههنا أيضا لم تثبت عدة الوفاة لوهاء فيه ، فإن عدة الوفاة لزيادة إظهار التأسف لفوات نعمة النكاح ، والنعمة فى النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح ، ولكن لما كان فيه جهة النكاح ألحق بالصحيح فى اعتبار مدة العدة احتياطا (وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض . وقال الشافعى : حيضة واحدة) وهو مروى عن ابن عمر قال

لأنها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء . ولنا أنها وجبت بزوال الفراش فأشبه عدة النكاح ثم إمامنا فيه عمر فإنه قال : عدة أم الولد ثلاث حيض

يجب بزوال ملك اليمين فيقدر بحيضة كالاستبراء . وقلنا : تربص يجب بزوال الفراش فيقدر بثلاث حيض كالتربص فى الطلاق ، وهذا أرجح لأن العدة مما يحتاط فى إثباتها ، فالقياس الموجب للأكثر واجب الاعتبار على أن التحقيق أنه لامعارضة بينهما فى إيجاب الزائد على الحيضة ، وذلك لأن نفى وجوب الزائد على الحيضة ليس مقتضى قياس الأستبراء بل مقتضى القياس ليس إلا تعدية حكم الأصل وهو وجوب التربص حيضة فقط ، وعدم وجوب الزائد بالعدم الأصلى لا أنه مقتضاه ، فإن أثر العلة فيه وفى كل قياس إنما هو فى تعدية حكم الأصل لافى غيره بنفى ولا إثبات ، ثم لايجب ذلك الغير لعدم الدليل المقتضى لوجوبه . فإذا علمت هذا فإيجاب الزائد على الحيضة يقتضيه القياس الذى عيناه ، ولا يقتضى نفيه ماعينوه فيسلم إيجابه عن المعارض . وعلى هذا التحقيق فالمعارضة إنما تثبت بين كل قياسين إذا لم يكن مرجب أحدهما بعض موجب الآخر ، وحينئذ يثبت بطريق اللزوم لما قلنا من أنه ليس من مقتضى العلة التعرض لغير حكم الأصل بنفى ولا إثبات ، فإذا كان فى الفرع جامعان بلا مانع أحدهما يقتضى فيه حكما وجوديا والآخر غيره بالكلية فإنه يلزم من اعتبار أحدهما ثبوت حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الآخر ، اللهم إلا أن يقال يجوز القياس والتعليل لنفى حكم ، فإن النفى حينئذ مقتضاه ، وفيه كلام فى الأصول ومن اختاره شرط كون العلة أمرا عدميا . والمحققون على نفيه لأن العدم لايوثر شيئا ، وما وقع فى الفقه بما ظاهره التعليل به كقول محمد فى عدم الخمس فى موضع لأنه لم يوجف عليه المسلمون ونحوه فإنما حقيقته بناء الحكم على العدم الأصلى بناء على أنه لم يعلم من الشرع ما اعتبر منوطا به الخمس إلا ذلك ، وهو منتف فى تلك الصورة فينتفى الخمس : أى يبقى على عدمه الأصلى لا أنه إلحاق بجامع موثر ، بخلاف ما إذا كان موجب أحدهما بعض موجب الآخر كما نحن فيه ، فإن الجامعين متظافران على إثبات ذلك البعض ، وينفرد أحدهما بإثبات أمر آخر ليس نفيه مقتضى الآخر (قوله وإمامنا فيه عمر رضى الله عنه) روى ابن أبى شيبة فى مصنفه : حدثنا عيسى بن يونس عن الأوزاعى عن يحيى بن أبى كثير أن عمرو بن العاص : أمر أم الولد إذا عتقت أن تعتدّ ثلاث حيض ، وكتب إلى عمر فكتب بحسن رأيه ، فأما أنه قال فى الوفاة كذلك فالله أعلم . وليس يلزم من القول بثلاث حيض فى العتق من شخص قوله به فى الوفاة ، ألا يرى إلى ماذكرناه عن عمرو بن العاص أنه قال بها فى العتق . وروى ابن حبان فى صحيحه والحاكم وصححه عن قبيصة عن عمرو بن العاص قال : لاتلبسوا علينا سنة نبينا ، عدة أم الولد المتوفى عنها أربعة أشهر وعشر . لكن قال الدارقطنى : وقبيصة لم يسمع من عمرو فهو منقطع ، وهو عندنا غير ضائر إذا كان قبيصة ثقة . وقد أخرج ابن أبى شيبة عن الحرث عن علىّ وعبد الله قالا : ثلاث حيض إذا مات عنها : يعنى أم الولد . وأخرجه عن إبراهيم النخعى وابن سيرين والحسن البصرى وعطاء ، فعلى هذا تعارض النقل عن ابن سيرين والحرث ضعيف ، إلا أن غالب نقل المذاهب قلما يخلو عن مثله ، والمتحقق أنها مختلفة بين السلف

عدتها أثر ملك اليمين (لأنها تجب بزواله وكان كالاستبراء) ولهذا لاتختلف بالحياة والوفاة (ولنا أنها أثر زوال الفراش) لأنها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لايكتفى بحيضة واحدة . والقياس على الاستبراء ضعيف لأن سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما ، وإمامنا فيه عمر رضى الله عنه فإنه قال : عدة أم الولد

(ولو كانت ممن لاتحيض فعدتها ثلاثة أشهر) كما فى النكاح (وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها أن تضع حملها) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف: عدتها أربعة أشهر وعشر، وهو قول الشافعى لأن الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت . ولهما إطلاق قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - ولأنها

وهو راجع إلى اختلاف الرأى ، وقد بينا ترجيح مايوافق رأينا (قوله وإذا مات الصبى عن امرأته وبها حبل) احتراز عما إذا مات وظهر بها حبل بعد موته فإنها تعتد بالشهور اتفاقا ثم معرف ذلك أن تضع لأقل من ستة أشهر من موته فى الأصح ، فإذا وضعته كذلك انقضت عدتها عند أبى حنيفة ومحمد ، وإن وضعته لستة أشهر من موته فأكثر لم يكن محكوما بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا يكون تقدير العدة بالوضع عندهما بل بأربعة أشهر وعشر اتفاقا . وقيل المحكوم بحدوثه أن تلده لأكثر من سنتين من موته وفيا دون ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشىء لأن التقدير للحدوث بأكثر من سنتين أو بسنتين كوامل ليس إلا للاحتياط فى ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته فى الصبى فلا حاجة إلى تأخير الحكم بالحدوث إلى السنتين (قوله وقال أبو يوسف : عدتها أربعة أشهر وعشر) وهذه رواية عن أبى يوسف إذ لم يحك فى الظاهر خلاف . ولم يذكر محمد ولا جامع كلامه الحاكم . وقول فخر الإسلام وهذا يعنى الاعتداد بوضع الحمل استحسان من علمائنا يدل عليه فإنما هى رواية عنه ، وكذا قال شمس الأئمة . وعن أبى يوسف أن عدتها بالشهور وهو القياس . وهوقول زفر انتهى. وإذا قال أبو يوسف فى المطلقة اذا جاءت بولد لأكثر من سنتين تعتد بوضعه مع أنه منفى النسب ومحكوم بحدوثه فكيف يقول فى المحكوم بقيامه عند الفرقة لاتعتد بوضعه فإنما هى رواية شاذة ، وهو قول مالك وأحمد وهى رواية عن أبى حنيفة ؛ ثم يجب كون ذلك الصغير غير مراهق . أما المراهق فيجب أن يثبت النسب منه إلا إذا لم يمكن بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من العقد . وعلى هذا الخلاف إذا طلق الكبير امرأته فأتت بولد غير سقط لأقل من ستة أشهر من وقت العقد بأن تزوجها حاملا من الزنا ولا يعلم الحال ثم وضعته كذلك بعد الطلاق تعتد بالوضع عندهما وعندهم لا اعتبار به ، وإنما قلنا ولا يعلم لصحة كونه على هذا الخلاف لأنه لو علم لم يصح العقد عند أبى يوسف لأنه يمنع العقد على الحامل من الزنا ، بخلاف ما إذا لم يعلم فإنه وإن لم يصححه لكن يجب من الوطء فيه العدة لأنه شبهة فيقع الخلاف فى أنها بالوضع أو بالأشهر . وحاصل متمسكهم القياس على الحادث بعد موت الصغير ، هكذا حمل منفى النسب فلا تعتد بوضعه كالحمل الحادث بعد موت الصغير (ولهما إطلاق قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن -) من غير فصل بين كونه منه أو من غيره (ولأنها) أى عدة الوفاة فى حق الحامل وقت

ثلاث حيض ، وهو المروى عن على وابن مسعود (وإن كانت ممن لاتحيض فعدتها ثلاثة أشهر كما فى النكاح) وقوله (وإذا مات الصغير عن امرأته) ظاهر . وقوله (كالحادث بعد الموت) يعنى بأن تضع بعد الموت لستة أشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ . وقال بعضهم : بأن يأتى لأكثر من سنتين . قال فى النهاية : والأول أصح ، وتفسير قيام الحبل عند الموت أن تلد لأقل من ستة أشهر من وقت الموت كذا فى الفوائد الظهيرية . (ولهما قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن -) من غير فصل بين أن يكون الحمل من الزوج أو من غيره فى عدة الطلاق أو الوفاة . وقوله (ولأنها مقدرة) دليل معقول لهما . وتقريره : عدة الوفاة مقدرة بمدة وضع الحمل فى أولات الأحمال قصرت المدة أو طالت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة .

مقدرة بعدة وضع الحمل فى أولات الأحمال قصرت المدة أو طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالأشهر مع وجود الأقراء، لكن لقضاء حق النكاح ، وهذا المعنى يتحقق فى الصبى وإن لم يكن الحمل منه، بخلاف الحمل الحادث

الموت (مقدرة بوضع الحمل فى أولات الأحمال لا لتعرف فراغ الرحم لشرعها) أى لشرع عدة الوفاة (بالأشهر مع وجود الأقراء لكن لقضاء حق النكاح ، وهذا المعنى) وهو قضاء حق النكاح (يتحقق فى الصبى وإن لم يكن الحمل منه) كما يتحقق فى الكبير والنسب منه . وتلخيص هذا الوجه أنه قياس زوجة الصغير الحامل وقت موته بغير ثابت النسب على زوجة الكبير الحامل وقت موته بثابت النسب فى حكم هو الاعتداد بوضع الحمل بجامع أنه لقضاء حق النكاح إظهارا لخطره متعرضا فيه لإلغاء الفارق وهو وصف ثبوت نسب الحمل وعدمه ، ودليل الإلغاء شرع الأشهر مع تحقق الأقراء ، وبه يظهر فساد ماذكروه من صورة القياس ، فإن حقيقته ليس إلا نفى الحكم لنفى العلة المساوية وهى ثبوت نسب الحمل فإنه المعتبر علة مساوية للاعتداد بالوضع وهو منتف فى الخلافية فينتفى الاعتداد بوضع الحمل كما انتفى فى الحامل بحادث بعد موت الصبى ونحن منعنا عليته فضلا عن مساواته ، لكن لايخفى أن كون الاعتداد بالوضع ليس إلا لقضاء حق النكاح ممنوع بل لذلك وليثبت الفراغ ليتمكن من النكاح . وقدمنا أن شرعيته لكل من الأمرين فقد ينفرد أحدهما وقد يجتمعان ، فالأولى عدم التعرض للنفى ويكفى كون العدة مطلقا للقضاء ، فإنه إذا ثبت أمر للأعم ثبت لكل خصوصياته فيثبت كونها بوضع الحمل للنفى أيضا . واعلم أن قول أبى حنيفة ومحمد فى المسألة التى استبعدنا بها قول أبى يوسف : أعنى المطلقة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين أن عدتها تنقضى من ستة أشهر تلى الوضع فيرجع بنفقتها إن كانت تعجلتها إضافة للحادث وهو الحمل الحادث إلى أقرب زمانه (قوله بخلاف الحمل الحادث) شرع يفرق بين ما قاسوا عليه فى الصورة وبين محل الخلاف ،

وهذا المعنى يعنى قضاء حق النكاح يتحقق فى الصبى وإن لم يكن الحمل منه وهذه أخرى وهى واضحة ، وبين الأولى بقوله (لشرعها) أى لشرع عدة الوفاة بالأشهر مع وجود الأقراء : يعنى لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالأشهر لأن الحيض هو المعرّف على مامر ، وفيه بحث لأن الضمير فى قوله لشرعها إما أن يعود إلى عدة الوفاة فى أولات الأحمال أو إليها مطلقا ، ولا سبيل إلى الأول لأن الحامل لاتحيض عندنا ولا إلى الثانى لأن المدعى عدة الوفاة فى الحامل ، ولا يلزم من أن لايكون للتعرف عن فراغ الرحم فى غير الحامل أن لايكون له فيها لأن نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم . والجواب أن الضمير يعود إلى عدة الوفاة مطلقا : يعنى أن عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف لا فى أولات الأحمال ولا فى غيرها لأنها شرعت بالأشهر مع وجود الأقراء المعرفة ، والدليل إذا كان أعم من المدلول كان أتم فائدة ، وكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبار العدم كما عرف . وقوله (بخلاف الحمل) جواب عن قوله فصار كالحادث بعد الموت : يعنى إنما كانت عدتها بالشهور لأنا حكمنا بفراغ رحمها عند الموت والتزمنا العدة بالشهور حقا للنكاح

(قال المصنف : لاللتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالأشهر) أقول : والظاهر أنها لو كانت للتعريف يثبت المطلوب أيضا إلا أنه بنى الكلام على الواقع إن قيل المراد عن ماء المطلق قلنا لاماء فيه هنا (قال المصنف : لكن لقضاء حق النكاح) أقول : يعنى المغلب ذلك (قوله لأن الحامل لاتحيض عندنا) أقول : ولأن عدتها ليست بالأشهر (قوله ولايلزم من أن لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم فى غير الحامل الخ) أقول : ولك أن تقول هذا منع لايضر لثبوت المطلوب على ذلك التقدير أيضا .

لأنه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل، وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدّرة بمدة الحمل فافترقا ، ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث لها الحبل بعد الموت لأن النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما (ولا يثبت نسب الولد فى الوجهين) لأن الصبى لا ماء له فلا يتصوّر منه العلوق. والنكاح يقوم مقامه فى موضع التصور (وإذا طلق الرجل امرأته فى حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التى وقع فيها الطلاق) لأن العدة مقدرة ، بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها (وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى وتداخلت العدتان، ويكون ماتراه المرأة من الحيض

والحاصل أنه تعالى إنما شرع العدة بوضع الحمل إذا كان الحمل ثابتا حال الموت وإن كان لفظ الآية مطلقا يخص بالعقل للعلم بأن حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجب للعدة فلا بد من أن تثبت العدة إذ ذاك . والفرض أن لا حمل حينئذ ليثبت بالوضع فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع أو بالأشهر من ضروريات العقل بعد العلم بما ذكرناه فعند عدمه والفرض أن العدة تثبت لا يتوقف فإنما تثبت بالأشهر ، وبهذا لزم أن مراد الآية بأولات الأحمال الأحمال حالة الفرقة(قوله ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها حبل بعد موته) بأن جاءت بولد لأقل من سنتين مع حدوثه فى نفس الأمر حيث تعتد بالوضع لا بالأشهر مع فرض حدوثه فى نفس الأمر . وأجاب بمنع الحكم بحدوثه فإنه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك يستلزم الحكم بقيامه عند الموت ، والأصل التوافق بين الحكمى والواقع إلا أن يتحقق خلافه ، فوجب كونه قائما عند الموت حقيقة وحكما حتى لو ولدته بعد الحولين حتى يتيقن بحدوثه كان الحكم أن تعتد بالأشهر ، وعند التأمل لا معنى للإيراد المجاب عنه بما ذكر أصلا (قوله ولا يثبت نسب الولد فى الوجهين) أى فى الحادث بعد الموت وغيره لأن الصبى لا ماء له فلا يتصور منه العلوق . وقوله والنكاح يقوم مقامه : أى مقام العلوق فى موضع التصور لأن الشىء إنما يقدر تقديرا إذا أمكن تصوره تحقيقا (قوله وإذا طلق الرجل امرأته فى حالة الحيض لم يحتسب بالحيضة التى وقع فيها الطلاق لأن العدة ثلاث حيض كوامل) لأنه مسمى الاسم فى ثلاثة قروء ، وقوله عليه الصلاة والسلام « وعدتها حيضتان » (قوله وإذا وطئت المعتدة بشبهة) من أجنبى أو من الزوج ، ووافق الشافعى فى أحد قوليه فيما إذا كان الواطئ المطلق

بآية التربص (فلا تتغير بحدوث الحمل ، وفيما نحن فيه كما وجبت العدة وجبت مقدرة بمدة الحمل) لأنها عدة أولات الأحمال بالنص (فافترقا) أى الحمل القائم عند الموت والحادث بعده . فإن قيل : إذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملا فقد ألزمناها العدة بالشهور ، ثم إذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل أجاب بقوله (ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها الحبل بعد الموت لأن النسب يثبت منه فكان) أى الحمل (كالقائم عند الموت حكما) تبعا لحكم شرعى آخر وهو ثبوت النسب لأن النسب بلا حمل لا يثبت وحيث ثبت ههنا لابد له من حمل فجعلناه كالقائم حكما ، وفى امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج إلى جعل الحمل قائما عند الموت فكان الحمل مضافا إلى أقرب الأوقات وكان ابتداء عدتها بالأشهر لا محالة (ولا يثبت النسب فى الوجهين) يعنى فى وجهى مسئلة الصغير وهما وجه القائم عند الموت ، ووجه الحادث بعده (لأن الصبى لا ماء له فلا يتصوّر منه العلوق) فإن قيل : النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » أجاب بقوله (والنكاح يقام مقامه) أى مقام الماء (فى موضع التصوّر) وقوله (وإذا طلق الرجل امرأته) ظاهر . قال (وإذا وطئت المعتدة بشبهة) إذا وجبت على المرأة عدتان : فإما أن تكونا من رجلين ، أو من رجل واحد ، فإن كان الثانى كما إذا طلقها ثلاثا فتزوّجها فى العدة ووطئها أو وطئ المطلقة ثلاثا وقال ظننت أنها تحل لى أو طلقها بألفاظ

محتسبا منهما جميعا ، وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية) وهذا عندنا . وقال الشافعي : لاتتداخلان لأن المقصود هو العبادة فإنها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد

والوطء بشبهة يتحقق بصور. منها التي زفت إلى غير زوجها ، والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدة بنكاح قبل نكاح زوج آخر أو في العدة إذا قال ظننت أنها تحل لى ، والتي طلقها بالكناية ثم وطئها في العدة ، أو كانت في عدة فوطئها آخر بشبهة ، أو في عصمة فوطئها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج ، ففي هذه تجب عدتان ويتداخلان وهو قول مالك ، وعدمه قول الشافعي وأحمد رحمهم الله . وما في الغاية من أن الشبهة في المطلقة الطلاق الثلاث في الفعل والشبهة في الفعل لايثبت النسب بالوطء ، وإن قال ظننت أنها تحل لى ، وإذا لم يثبت النسب لاتجب به العدة سيأتي دفعه في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى ، ثم معنى التداخل جعل المرئى عنهما حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة الأولى فعليها حيضتان تمامها وتحتسب بهما من عدة الثاني ، وللآخر أن يخطبها إذا انقضت عدتها من الأول لأنها في عدته ولا يخطبها غيره . فإن كان الأول طلقها رجعيا فله أن يراجعها إذا شاء ثم لايقربها حتى تنقضي عدتها من الآخر ، وإن طلقها بائنا فليس له أن يخطبها بعد وجوب العدة عليها من الثاني حتى تنقضي عدتها منه ، وكذا إن كانت العدتان بالشهور ، قالوا : والخلاف مبنى على أن ركن العدة ماذا ؟ فعند الشافعي كف النفس عن الحرمات في مدة معينة ، فإذا وجب كف عنها في مدة بسبب وكف عنها كذلك بسبب آخر لايتداخلان ، لأن هذا الكف عبادة والعبادات لاتتداخل ، إنما التداخل لائق بالعقوبات ؛ ألا ترى أن من وجب عليه الكف عن الشهوتين في يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب آخر لايخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد . وعندنا أن الركن نفس تلك الحرمات الكائنة في تلك المدة . ويمكن اجتماع حرمات في الشيء الواحد كالخروج والتزوج فيما نحن فيه في زمان واحد بأسباب مختلفة كحرمة الخمر المحلوف على عدم شربها نهارا للصائم ونحو ذلك ، ومعنى العبادة تابع بدليل أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف ، ونحن نستأنف الكلام ونقول : لاشك أنه يثبت عند تمام سبب العدة أمور : هي حرمة الخروج وحرمة الزينة وحرمة التزوج في مدة معينة تنتهي هذه الحرمات بانتهائها ، ووجوب التربص في تلك المدة أيضا الثابت بقوله تعالى ـ والمطلقات يتربصن ـ مع أن هذا الوجوب لابد أن يثبت لازما للحرمة بأدنى تأمل ومتعلق الوجوب ليس إلا فعل المكلف ، والتربص وإن كان الانتظار فهو

الكناية فوطئها في العدة فلا شك أن العدتين يتداخلان ، وإن كان الأول وكانا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة كما سيجيء . أو من جنس واحد كالمطلقة إذا تزوجت في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما تتداخلان عندنا ويكون ماتراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا ، وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها إتمام العدة الثانية . وصورة ذلك أن الوطء الثاني إذا كان بعد ما رأت المرأة حيضة يجب عليها بعد الوطء الثاني ثلاث حيض أيضا ، والحيضتان تنوب عن أربع حيض حيضتان للأولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطء الثاني خاصة ، وإن لم تكن رأت شيئا فليس عليها إلا ثلاث حيض وهي تنوب عن ست حيض (وقال الشافعي : لايتداخلان لأن المقصود من العدة العبادة : أي عبادة الكف عن التزوج والخروج ولا تداخل في العبادات كالصومين في يوم واحد) فإن العدة كف عن التزوج والخروج كما أن الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين ،

(قوله وإن كان الأول وكانا من جنسين كالمتوفى زوجها) أقول : يعني كالمتوفى عنها زوجها .

ولنا أن المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ، ومعنى العبادة تابع ، ألا ترى أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكفّ

من أفعال النفس ، فإن أردنا تعيينه لم نر أنسب به من كونه ترك تلك الحرمات إلى انقضاء المدة وترك الشيء لايخرج عن كون كف النفس عنه أوحبسها ، فمن ظن المقابلة بين الكف والترك بعد عن التحقيق ، وحينئذ يكون حاصل - يتربصن - نهيا عن تلك الأمور لأنه طلب الكف عنها كما جعلوا قوله تعالى - وذروا البيع - نهيا عنه فالثابت تحريم هذه الأمور ، ومن المعلوم أن لزوم الكف لايتعلق بالمرأة إلا عند علمها بالسبب ، إذ التكليف بالمقدور ولا قدرة بدون العلم فيحكم بهذه المقدمة وهي أن الحكم إنما يثبت في حق المكلف باعتبار علمه بالسبب ، والمقدمة القائلة إن الحكم المقيد بمدة ينتهي بانتهائها لزم أنها إذا لم تعلم بالطلاق حتى تمت العدة خرجت عن العدة غير آثمة لأن الثابت في حقها لم يكن حكم الخطاب ، بل غايته أصل الوجوب الثابت بالسبب ولا طلب في أصل الوجوب على ما عرف ، أو علمت ثم لم تكف : أي لم تتربص عن الخروج والنكاح حتى انتهت إلى حد الزنا إلى أن تمت المدة خرجت عن العدة آثمة فلا يكون انقضاؤها بلا علمها ومع تركها الكف دليلا على أن معنى العبادة تابع كما قال المصنف ، بل الدليل على ذلك تحققها في حق من لاتصح العبادة منه ولا تجب عليه كالمجنونة والصغيرة ، فعلم أن تحقق العدة في الشرع بالأصالة إنما هو لتعرف فراغ الرحم ولإظهار خطر النكاح والبضع فقد يجتمعان كما في ذات الأقراء وقد لا كما في الآيسة والصغيرة ، ومعنى العبادة تابع وهو كف القادرة المختارة نفسها عن متعلقات تلك الحرمات ، ولاشك أن العدة تطلق على كل من تلك الأمور . أما على التربص ففي قولنا وجبت العدة ونحوه ،

فكما لاتداخل في الصوم فكذا في العدة (ولنا أن المقصود من العدة التعرّف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرّف بالعدة الواحدة فيتداخلان) وقوله (ومعنى العبادة تابع) جواب عن قوله لأن المقصود هو العبادة ، والدليل على أن معنى العبادة في العدة تابع أن ركنها حرمة الازدواج والخروج ، قال الله تعالى - ولا تعزموا عقدة النكاح - الآية وقال - ولا يخرجن - الآية ، وموجب النهي التحريم . وإذا كان ركنها الحرمة فالحرمات تجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للإحرام والحرم ، وكالخمر فيمن حلف لايشربها وهو صائم فإنها حرام له لصومه ولكونه خمرا وليمينه ، بخلاف الصوم فإن ركنه الكفّ لقوله تعالى - ثم أتموا الصيام إلى الليل - ولن يجتمع الإمساكان في يوم واحد ، واستوضح المصنف تبعية العبادة بقوله (ألا ترى أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف) يعني عن الخروج والعبادة لايتحقق أداؤها بدون ركنها . واعترض بأنها لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم يجب على الصبية والآيسة لعدم الشغل بهما ولا على المتوفى عنها زوجها لأن زوجها لايحتاج إلى ذلك واللوازم باطلة فكذلك الملزومات سلمنا أن المقصود ذلك ، لكن لا نسلم جواز التداخل وإلا لجاز التداخل في أقراء عدة واحدة لحصول المقصود ونفي ضرر تطويل العدة عنها . وأجيب عن الأول بأن الصبية التي تحتمل الوطء والآيسة تحتملان العلوق ،

(قوله والدليل على أن معنى لعبادة ، إلى قوله : وموجب النهي التحريم) أقول : مأخوذ من شرح تاج الشريعة لكنه مؤاخذ . ثم أقول : بل موجبه كف النفس عن المنهي عنه على ماحقق في الأصول إلا أن يكون مراده موجبه في تينك الآيتين لدليل يدل عليه وهو ماذكره المصنف فليتأمل (قوله فإن ركنه .لكف لقوله تعالى الخ) أقول : يعني أنه مأمور به وكل ماهو كذلك فهو عبادة فيكون كفا (قوله لكن لانسلم جواز التداخل الخ) أقول : لاوجه لهذا المنع بعد ما بين المقدمة الممنوعة بالدليل . ولك أن تقول في العبادة والمراد هو النقض الإجمالي (قوله وأجيب عن الأول بأن الصبية التي تحتمل الوطء الخ) أقول : ما تقول في الصغيرة التي لاتحتمله فإنه تجب العدة إذا خلا بها زوجها عند أكثر المشايخ

(والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها) تحقيقا للتداخل بقدر الإمكان

وأما على نفس المدة فى نحو قولنا انقضت العدة وما سنذكر أيضا ، وأما على نفس الحرمات فبفرض دعوانا أنها الركن ، لكن الشأن فى بيان أن مسمى لفظ العدة فى الشرع ماذا ؟ فالذى يفيده حقيقة نظم كتاب الله تعالى ، وهو قوله عز وجل ـ فعدتهن ثلاثة أشهر ـ أنه نفس المدة الخاصة التى تعلقت الحرمات فيها وتقيدت بها لا الحرمات الثابتة فيها ولا وجوب الكف ولا التربص، وقوله تعالى يتربصن إنما يفيد لزوم التربص لا أنه مسمى لفظ العدة ، وقد قلنا : إن كلا من الأمور ثابت عند تمام السبب والكلام الآن ليس فيه ،وأما قوله تعالى ـ أجلهن أن يضعن حملهن ـ حتى يبلغ الكتاب أجله ـ فإذا بلغن أجلهن ـ فالأجل هو ما كان من المدة لتأخير ما ثبت عند مضيه كالمطالبة فى الدين ، ثم الثابت بمضى هذا الأجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتهما ، ولا دليل فيه أيضا إلا على مجرد الثبوت وهو لايستلزم كونه الركن كما قلنا فى التربص، وأما وصف العدة بالوجوب فى قولنا العدة واجبة ووجبت فإنما يقتضى أن المراد بها فعل كالتربص والكف وهو لايستلزم كونه المفهوم الحقيقى إلا ظاهرا ، وذلك لو لم يعارضه النظم القرآنى . فتلخص أنه يجب كون مسمى العدة المدة الخاصة التى تعلقت فيها الحرمات عند الكل . وحينئذ نقول : لايلزم بناء الخلاف فى تداخل العدتين على كون ركن العدة الكف أو الحرمات ، بل يصح ثبوته مع الاتفاق على أنها المدة حقيقة ، وذلك لأن العدة حينئذ تعلقت فيها حرمات يجب لها كف النفس عن متعلقاتها ، فتداخل العدتين يستلزم تداخل تلك العبادات الواجبة فيها لا أن تداخلها تداخلها واللازم متحد حينئذ وهو امتناع تداخل العبادات سواء جاء لازما لتداخل العدة أو كان عين تداخلها فلذا والله أعلم اقتصر المصنف عن كون المبنى ماهو . والدفع على هذا التقدير أن الكف الواجب لم يجب تحققه على وجه العبادة بل مطلقا ، إذ لادليل يوجب كونه وجب إيجاده على ذلك الوجه بل الدليل قام على عدمه للاتفاق على أن البالغة العاقلة لو وقع الكف منها بغير نية بل اتفاقا أو لغرض مباح حتى انقضت المدة لم يحكم بكونها آثمة مع أنه لم تتحقق العبادة لعدم نية الاحتساب لله تعالى فعلم أنه لم يجب على أنه عبادة . نعم هو له عرضية أن يصير عبادة ، فإن البالغة العاقلة إذا كفت نفسها عن الخروج وغيره مع فروغ النفس لذلك احتسابا لله وقصدا لطاعته وقع ذلك عبادة لله تعالى لا أنه يجب إيقاعه كذلك لما ذكرنا (قوله والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها)

فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطء ، لأن العدة يكتفى فى إيجابها بتوهم الشغل وان كان على خلاف العادة ، والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها إلى التعرف قائمة صيانة لماءى الزوجين عن الاختلاط لأن ماء الأول محترم فى نفسه كماء الثانى . وعن الثانى بأنا لانسلم الملازمة لأن التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض فى حصول المقصود ، لأن المقصود من الأولى تعرف الفراغ ، ومن الثانية إظهار خطر النكاح فرقا بينه وبين الاستبراء ، ومن الثالثة إظهار شرف الحرية ، وهذا المقصود لايحصل بالحيضة الواحدة ، وفيه نظر لأن المصنف لم يعلل إلا بالتعرف عن فراغ الرحم وكان السؤال واردا عليه . وقوله (والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور) ظاهر .

(قوله وعن الثانى بأنا لانسلم الملازمة الخ) أقول مقابلة المنع بالمنع إذا حمل على ظاهره (قوله وفيه نظر لأن المصنف الخ) أقول : والصحيح فى الجواب أن يقال : المقصود من العدة هو التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل بما يجوز لأنه مجتهد فيه فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به واستحاضة معه عندنا ، بخلاف ما إذا تكرر فإنه حينئذ يقوى بخلاف الاستبراء فإن التعرف مقصود فيه لاعلى هذا الوجه فإنه لم يتمحض له ، ألا يرى أنه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك أن فيه شائبة التعبد فليتأمل .

(وابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق وفى الوفاة عقيب الوفاة ، فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها)لأن سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ، ومشايخنا يفتون فى الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفيا لتهمة المواضعة

فلو لم ترفيها دما يجب أن تعتد بعد الأشهر بثلاث حيض (قوله وابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق) لأن سبب وجوب العدة الطلاق تساهل ، فقد قدموا أن سببها النكاح والطلاق شرط وأن الإضافة فى قولنا عدة الطلاق إلى الشرط ، فالأولى أن يقال لأن عند الطلاق والموت يتم السبب فيستعقبها من غير فصل فيكون مبدأ العدة من غير فصل بالضرورة (قوله ومشايخنا يفتون فى الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفيا لتهمة المواضعة) بأن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض لها بالدين أو يتواضعا عليه ليتزوج أختها أو أربعا سواها . وإذا كان مخالفة هذا الحكم وهو مذهب الأئمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين لهذه التهمة فينبغى أن يتحرى به محل التهمة والناس الذين هم مظانها ، ولذا فصل السغدى حيث قال : ماذكر محمد : يعنى من أن ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما إذا كانا متفرقين من الوقت الذى أسند الطلاق إليه ، أما إذا كانا مجتمعين فالكذب فى كلامهما ظاهر فلا يصدقان فى الإسناد . قال محمد : وعلى هذا إذا فارقها زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا وهى لاتعلم بذلك يصدق وتعتبر عدتها من ذلك الوقت . ثم لايجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بالسقوط ، وعلى قول هؤلاء ينبغى أن لايحل له التزوج بأختها وأربع سواها ، وعرف أن تقييده بالإقرار يفيد أن الطلاق المتقدم إذا ثبت بالبينة ينبغى أن تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لأن ثبوتها بالبينة لا بالإقرار ، وأن سقوط النفقة والسكنى على قول هؤلاء إنما هو إذا صدقته ، أما إذا كذبته فى الإسناد فلا ، وكذا إذا قالت لا أدرى ، فالحكم فى الفصول الثلاثة على قول المشايخ أن العدة من وقت الإقرار ولا يصدق فى الإسناد ، ثم المراد من قوله ومشايخنا مشايخ بخارى وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله من مشايخ بلخ غير جيد ثم فيه ترك لشرح الكتاب ، فإن كان غائبا فأتاها موته أو طلاقه لمدة تنقضى بها العدة فلا عدة وإذا شكت فى العدة اعتدت من الوقت الذى تستيقن فيه بموته . ولو جعل أمر امرأته بيدها إن ضربها فطلقت نفسها فأنكر الزوج الضرب فأقامت البينة عليه وقضى القاضى بالفرقة فالعدة من وقت القضاء أو من وقت الضرب ينبغى أن تكون من وقت الضرب . ولو طلقها

قال فى المبسوط : لو تزوجت فى عدة الوفاة فدخل بها الثانى ففرق بينهما فعليها بقية عدتها من الأول تمام أربعة أشهر وعشر وعليها ثلاث حيض للآخر ويحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة أيضا . قال (وابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق) ابتداء العدة فى الطلاق عقيب الطلاق (وفى الوفاة عقيب الوفاة) لأن سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة (فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب) فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها . قال محمد : إذا فارق الرجل امرأته زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمرأة لاتعلم بذلك لها أن تصدقه وتعتبر عدتها من ذلك الوقت (ومشايخنا) يريد علماء بخارى وسمرقند (يفتون فى الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفيا لتهمة المواضعة) بجواز أن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشىء ، أو يتواضعا على انقضاء العدة لأن يتزوج أختها أو أربعا سواها . وقال فى الذخيرة : اختيار مشايخ بلخ أنه تجب العدة من وقت الإقرار عقوبة عليه جزاء على كتمان الطلاق : يعنى حتى لايتزوج بأختها وبأربع سواها زجرا له على الكتمان ، لكن لاتجب لها نفقة العدة والسكنى لأن ذلك حقها وقد أقرت

(والعدة فى النكاح الفاسد عقيب التفريق أو عزم الواطئ على ترك وطئها) وقال زفر : من آخر الوطآت لأن الوطء هو السبب الموجب . ولنا أن كل وطء وجد فى العقد الفاسد يجرى مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد ، ولهذا يكتفى فى الكل بمهر واحد . فقبل المتاركة أو العزم لاتثبت العدة مع جواز وجود غيره ولأن التمكن على وجه الشبهة

وأنكر فأقيمت البينة فقضى بالطلاق فالعدة من وقت الطلاق لا القضاء (قوله أو عزم الواطئ) بأن أخبرها أنه ترك الوطء فإن الإخبار أمر ظاهر فيدار الحكم عليه ، أما آخر الوطآت لايعلم لاحتمال وجود آخر بعده . وفى الخلاصة : والنصاب المتاركة فى النكاح الفاسد بعد الدخول لاتكون إلا بالقول كقوله تركتك وما يقوم مقامه كتركتها وخليت سبيلها إما عدم المجيء فلا إذ الغيبة لاتكون متاركة لأنه لو عاد يعود ولو أنكر نكاحها لايكون متاركة (قوله ولنا أن كل وطء وجد فى العقد الفاسد يجرى مجرى الوطأة الواحدة) لاستناد الكل أى كل الوطآت (إلى حكم عقد واحد) وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا أى لاعتبار الكل واحدا يكتفى بمهر واحد فلو لم يعتبر ذلك تعددت المهور بتعدد الوطء لما عرف فقبل المتاركة أو العزم لاتثبت كل الوطآت لجواز غيره فلا تثبت العدة لكن حقيقة كلام زفر أنها إذا حاضت بعد الوطء أىّ وطء كان قبل التفريق ثلاث حيض انقضت عدتها وحلت للأزواج فإذا تزوّجت ظهر أن ذلك كان آخر الوطآت وإن كان وطئها بعد ذلك . عاد هذا التقدير فنقول : إن تركها حتى حاضت ثلاث الخ ولو حاضت حيضة بعد وطئه ثم قال عزمت على تركه احتسب بتلك الحيضة عنده من العدة فتتزوج بعد حيضتين أخريين وعندنا لاتحتسب بها (ولأن التمكن) من الوطء (على وجه الشبهة) بسبب ذلك

بسقوطه (والعدة فى النكاح الفاسد عقيب التفريق) بأن يحكم الحاكم بالتفريق بينهما (أو عزم الواطئ على ترك وطئها) والعزم أمر باطن لايطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الإخبار بذلك بأن يقول تركت وطأها أو مايفيد معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه (وقال زفر : من آخر الوطآت لأن الوطء هو السبب الموجب) للعدة إذ لو لم يطأ لم تجب عليها العدة (ولنا أن كل وطء وجد فى العقد) وتقريره القول بالموجب ، وهو أن يقال : سلمنا أن الوطء هو السبب الموجب لكن جميع الوطآت التى توجد بالعقد الفاسد (بمنزلة وطأة واحدة لاستناد الكل إلى عقد واحد ولهذا يكتفى فى الكل بمهر واحد) وإذا كان كذلك لم يثبت آخر وطأة تترتب عليها العدة إلا بالتفريق أو العزم ، لأنه قبل ذلك جاز أن يوجد غيره فلا يكون مافرضناه آخر الوطآت آخرها . وتجريد هذه النكتة : العدة لاتثبت إلا بآخر وطأة وآخر وطأة لاتوجد إلا بالتفريق أو العزم ، فالعدة لاتثبت إلا بالتفريق أو العزم ، أما أنها لاتثبت إلا بآخر وطأة فبالاتفاق بيننا وبين الخصم ، وأما أن آخر وطأة لاتوجد إلا بالتفريق أو العزم فلما قال مع جواز وجود غيره . وقوله (ولأن التمكن على وجه الشبهة) دليل آخر . وتقريره أن حقيقة الوطء أمر خفى له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطء على وجه الشبهة ، وكل أمر خفى له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار عليه الحكم ، فالتمكن من الوطء على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطء ، وإذا قام مقامها فمهما كان التمكن باقيا كان الوطء باقيا فلا يتعين آخر الوطآت إذ التمكن باق بعد كل وطأة فرضت فلا بد من المتاركة أو العزم ليرتفع التمكن فيتعين

(قوله أما إنها لاتثبت إلا بآخر وطأة إلى قوله : فلما قال مع جواز وجود غيره) أقول : فيه بحث (قال المصنف : مع جواز وجود غيره) أقول : بالنسبة إلى الموطوءة فإنها لاتعلم الآخر حتى تتربص هكذا قيل ، وفيه بحث إذ مر آنفا أن معنى العبادة تابع فى العدة ، فإذا حاضت ثلاث حيض بعد الوطء ينبغى أن يجوز تزوجها بزوج آخر لتعين آخر الوطء فتأمل .

أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم فى حق غيره (وإذا قالت المعتدة انقضت عدتى وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين) لأنها أمينة فى ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع (وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها فى عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف. وقال محمد: عليه نصف المهر وعليه إتمام العدة الأولى) لأن هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة، وإكمال العدة الأولى إنما يجب بالطلاق الأول، إلا أنه لم يظهر حال

العقد (أقيم مقام حقيقة الوطء لخفاء الوطء ومسيس الحاجة إلى معرفة الحكم فى حق غيره) أى فى غير الواطئ وهو حلها للأزواج والخفى لايعرف الحكم وإذا أقيم مقام حقيقة الوطء لاتثبت العدة مادام التمكن على وجه الشبهة قائما ولا ينقطع التمكن كذلك إلا بالتفريق أو المتاركة صريحا فلا تثبت العدة إلا عندهما واختار أبو القاسم الصفار قول زفر. ومقتضى ماقدمنا فى باب المهر من قول طائفة من المشايخ وهو الوجه أنها لو تزوجت عالمة بأنها حاضت ثلاث حيض بعد وطئه كان صحيحا فيما بينه وبين الله تعالى إنما اشتراط كونها بعد الترك فى القضاء (قوله فالقول قولها مع اليمين) لابد أن يكون محل هذا ما إذا كذبها مع كون المدة تحتمل انقضاءها على الخلاف الذى قدمناه وهو شهران عنده وتسعة وثلاثون يوما عندهما لأنه إذا لم تحتمله المدة لايقبل قولها أصلا (قوله كالمودع) إذا ادعى رد الوديعة أو الهلاك وأنكر المودع فالقول قول مدعى الرد مع أن عليه اليمين إذا كذبه. وعكس هذه المسئلة إذا قال الزوج أخبرتنى بأن عدتها قد انقضت فإن كان فى مدة لاتنقضى فى مثلها لايقبل قوله ولا قولها إلا أن يبين ماهو محتمل من إسقاط سقط مستبين الخلق فحينئذ يقبل قولها، ولو كان فى مدة تحتمله فكذبته لم تسقط نفقتها وله أن يتزوج بأختها لأنه أمر دينى يقبل قوله فيه (قوله وإذا طلق الرجل امرأته) المدخول بها (طلاقا بائنا دون الثلاث ثم تزوجها فى العدة وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عند أبى حنيفة وأبى يوسف) وقال زفر نصف المهر أو المتعة إن لم يكن سمى فيه شىء وليس عليها عدة مستقبلة ولا تكمل العدة الأولى وقال محمد لها نصفه أو المتعة وعليها إتمام العدة الأولى. لزفر أن العدة الأولى بطلت بالتزوج ولا تجب عدة بالطلاق الثانى ولا كمال المهر لأنه قبل الدخول ومحمد يقول كذلك غير أن إكمال العدة الأولى وجب بالطلاق الأول لكنه لم يظهر حكمه حال

آخر الوطآت. فإن قلت: لانسلم أن حقيقة الوطء أمر خفى لأن الحاجة إلى معرفة العدة إنما هى للزوجين وحقيقة الوطء ليست بخفية النسب إليهما. قلت: قد أشار إلى الجواب بقوله (ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم فى حق غيره) أى غير الواطئ وهو الذى يريد أن يتزوجها، وقيل وكذا أخت الموطوءة وأربع سواها، ولا خفاء فى مفهوم كلام المصنف فى النكتتين، ولم أجد فى الشروح مايطابق مقصوده فذكرت ماخاطرى أبو عذره وجهد المقل دموعه. وقوله (وإذا قالت المعتدة انقضت عدتى) ظاهر. وقوله (فتخلف كالمودع) يعنى إذا قال هلكت الوديعة أو قال رددتها وأنكر المودع ذلك فإن القول قوله مع يمينه لأنه أمين، وما على الأمين إلا اليمين. قال (وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا) قال فى النهاية: هذه من المسائل المعروفة التى ذكرها فى التتمة والذخيرة وغيرهما وهى كلها مبنية على أصل واحد وهو أن الدخول فى النكاح الأول هل يكون دخولا فى النكاح الثانى أو لا؟ فعند محمد لايكون، وعندهما يكون. وصورة المسئلة المذكورة فى الكتاب ظاهرة. ووجه قول محمد إن هذا طلاق قبل المسيس والخلوة الصحيحة، وكل طلاق يكون كذلك لايوجب كمال المهر ولا استئناف العدة فإن قيل: فعلام يجب عليها إكمال العدة الأولى؟ أجاب بقوله: وإكمال العدة الأولى إنما وجب بالطلاق الأول لا

التزوّج الثانى ، فإذا ارتفع بالطلاق الثانى ظهر حكمه ، كما لو اشترى أم ولده ثم أعتقها . ولهما أنها مقبوضة فى يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقى أثره وهو العدة ، فإذا جدد النكاح وهى مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق فى هذا النكاح كالغاصب يشترى المغصوب الذى فى يده يصير قابضا بمجرد العقد ،

التزوّج الثانى فإذا ارتفع بالطلاق ظهر حكمه (قوله كما لو اشترى أم ولده) أى زوجته التى هى أم ولده إذا كانت أمة فإنه ينفسخ النكاح بالشراء ولم تظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق تظهر غير أن هنا تجب عليها عدة أخرى لأنها أم ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليها الإحداد إلى أن تذهب عدة النكاح وهى حيضتان من وقت الشراء لأنها عدة النكاح ولا يجب عليها فيما بقى من الحيضة الأخرى لأنها عدة أم ولد أعتقت ، وكذا لو طلقها طلقة بائنة ثم اشتراها ثم أعتقها ولها ولد منه أو لا ولد لها منه فإنه يجب عليها العدة بالطلاق ثم تبطل فى حقه بالشراء حتى يجوز له وطؤها فإذا زال بالعتق تظهر حتى يجب عليها تمام العدة الأولى لأنه كان واجبا بالطلاق السابق . وما قاله زفر فاسد لأنه يستلزم إبطال المقصود من شرعهما وهو عدم اشتباه الأنساب ، فإنه لو كان تزوّجها قبل أن تحيض فى العدة ثم طلقها من يومه حلت للأزواج من غير عدة من الطلاق ، وفى ذلك اشتباه النسب وفساد كبير . ولهما أن الوطء قبض وهى مقبوضة فى يده حقيقة بالوطأة الأولى ، وبقى أثر هذا القبض بقيام العدة إذ هى أثره ، فإذا جدد النكاح والحال قيام قبضها ناب قبضها القائم مقام استحداث قبض آخر فكان بمجرد العقد قابضا كالغاصب إذا اشترى المغصوب وهو فى يده بالغصب ناب ذلك القبض عن التسليم المستأنف ولا يقال وجب على هذا أن يملك الرجعة لأن الطلاق الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة وهو منتف . لأنا نقول : نحن ماجعلنا النكاح الثانى قائما مقام النكاح والدخول من كل وجه ، بل فى حق تكميل المهر ووجوب استئناف العدة للاحتياط ، فلا يلزم منه إقامته مقامه فى حق جميع الأحكام والإمكان إقامة فى حق ترك الاحتياط لأن الاحتياط فى انقطاع الرجعة ؛ ألا يرى أن صريح الطلاق بعد الخلوة لايثبتها مع أن الخلوة قائمة مقام الدخول فى تكميل المهر ووجوب العدة ؛ فعلم بهذا أنه لم يلزم من إقامة النكاح مقام الدخول فى ذينك الحكمين إقامته مقامه وثبوت الرجعة

أنه لم يظهر حالة التزوّج الثانى لعدم اختلاط المياه . فإذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثانى كالمعدوم فيجب عليها إكمال العدة الأولى (كما لو اشترى أم ولده) أى منكوحته التى ولدت منه (ثم أعتقها) فإنه يجب عليها ثلاث حيض : حيضتان من النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب من الخروج والتزين ، وحيضة من العتق لاتجتنب فيها لأنه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت العدة ؛ ألا ترى أنه لايجوز أن يتزوّجها وإنما لم يظهر حكم العدة فى حقه لمانع وهو ملك اليمين ، فإذا زال المانع ظهر حكم العدة فى حقه أيضا فوجبت حقا للفساد ، وهما يعتبران من الإعتاق أيضا ويلزمها الإحداد ، وأما الثالثة فإنها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الإحداد (ولهما أنها مقبوضة فى يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقى أثره) أى والحال أنه بقى أثره : أى أثر الوطء الأول (وهو العدة فإذا جدد النكاح وهى مقبوضة) بالدخول فى النكاح الأول (ناب ذلك القبض) الذى كان بالدخول (مناب القبض) أى الدخول (المستحق فى هذا النكاح) فإذا طلقها صار كأنه طلقها بعد الدخول فى النكاح الثانى فيجب عليه مهر كامل وعليها

(قال المصنف . كما لو اشترى أم ولده) أقول : أى زوجته التى هى أم ولده إذا كانت أمة فإنه ينفسخ النكاح بالشراء ولم يظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ، ثم بالعتق يظهر غير أن هنا يجب عليها عدة أخرى لأنها أم ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليه الإحداد إلى أن تذهب عدة النكاح وهى حيضتان من وقت الشراء لأنها عدة النكاح .

فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول . وقال زفر : لاعدة عليها أصلا لأن الأولى قد سقطت بالتزوّج فلا تعود ، والثانية لم تجب وجوابه ماقلنا . قال (وإذا طلق الذمى الذمية فلا عدة عليهاوكذا إذا خرجت الحربية إلينا مسلمة ،

بصريح الطلاق ، وهذه إحدى المسائل المبنية على هذا الأصل : وهو أن الدخول فى النكاح الأول دخول فى الثانى أولا . وثانيها لو تزوّجها نكاحا فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوّجها صحيحا وهى فى العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عندهما ، ولو كان على القلب بأن تزوجها صحيحا أولا ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوّجها فى العدة فاسدا لايجب عليه مهر ولا عليها استقبال العدة ويجب عليها تمام العدة الأولى بالاتفاق . والفرق لهما أنه لايتمكن من الوطء فى الفاسد فلا يجعل واطئا حكما لعدم الإمكان حقيقة ولهذا لايجعل واطئا بالخلوة فى الفاسد حتى لايجب عليها العدة بها ولا عليه المهر . وثالثها لو دخل بها فى الصحة وطلقها بائنا ثم تزوجها فى المرض فى عدتها وطلقها بائنا قبل الدخول هل يكون فارا أم لا . ورابعها لو تزوّجت بغير كفوء ودخل بها ففرق القاضى بينهما بطلب الولى ثم تزوّجها هذا الرجل فى العدة بمهر وفرق القاضى بينهما قبل أن يدخل بها كان عليه المهر الثانى كاملا وعدة مستقبلة عندهما استحسانا . وعند محمد نصف المهر الثانى وعليها إتمام العدة الأولى . وخامسها تزوّجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوّجها فى العدة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول . وسادسها تزوّجها صغيرة فدخل بها فبلغت فاختارت نفسها ثم تزوّجها فى العدة ثم طلقها قبل الدخول . وسابعها تزوّجها ودخل بها ثم ارتدت ثم أسلمت فتزوّجها فى العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها . وثامنها تزوّجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوّجها فى العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها . وتاسعها تزوج أمة ودخل بها ثم أعتقت فاختارت نفسها ثم تزوّجها فى العدة ثم طلقها قبل الدخول . وعاشرها تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوّجها فى العدة فأعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول (قوله وإذا طلق الذمى الذمية) أو مات عنها (فلا عدة عليها) فلو تزوّجها مسلم أو ذمى فى فور طلاقها جاز ، وهذا إذا كانت لاتجب فى معتقدهم ، بخلاف ما إذا طلقها المسلم أو مات عنها فإن عليها العدة بالاتفاق لأنها حقه ومعتقده (قوله وكذا إذا خرجت الحربية إلينا مسلمة) ليس بقيد بل المعتبر أن تصير بحيث لاتمكن من العود إما بخروجها مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية لاعدة عليها

عدة مستقبلة . فإن قيل : لوكان الطلاق بعد النكاح الثانى كالطلاق بعد الدخول لكان صريحه معقبا للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول ، وليس كذلك فإن الطلاق بائن . أجيب بأنه ليس بطلاق بعد الدخول ، وإنما هو كالطلاق بعد الدخول والمشابه للشىء لايلزم أن يساويه من جميع الوجوه ؛ ألا ترى أن الخلوة كالدخول فى حق تكميل المهر ووجوب كمال العدة لا فيما سواهما ، حتى لوطلقها بعد خلوة كان الواقع بائنا وشبهه بالغاصب يشترى المغصوب وهو واضح . وقوله (فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول) تشبيه لاتحقيق بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق ، وقول زفر على ماذكره واضح . وقوله (وجوابه ماقلنا) إشارة إلى قوله وإكمال العدة الأولى وإلى قوله ولهما أنها مقبوضة فى يده الخ (وإذا طلق الذمى الذمية فلا عدة عليها وكذا إذا خرجت الحربية إلينا) مراغمة على نية أن لاتعود إلى دار الحرب أبدا ، يقال راغم فلان قومه إذا نابذهم وخرج عنهم ،

ولايجب عليها فيها شىء من الحيضة الأخرى لأنها عدة أم الولد أعتقت (قوله تشبيه لاتحقيق بدليل قوله قبله الخ) أقول : فى دلالته على ماذكره تأمل ، بل دلالته على أنه كذلك حكما إلا أن يريد بالتشبيه هذا المعنى .

فإن تزوّجت جاز إلا أن تكون حاملا ، وهذا كله عند أبي حنيفة ، وقالا: عليها وعلى الذمية العدة) أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم ، وقد بيناه في كتاب النكاح ، وقول أبي حنيفة فيما إذا كان معتقدهم أنه لا عدة عليها ، وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين ، بخلاف ما إذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ. وله قوله تعالى - لاجناح عليكم أن تنكحوهن - ولأن العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك

(فإن تزوّجت جاز إلا أن تكون حاملا) وعنه لايطؤها الزوج حتى يستبرئها بحيضة ، وعنه لايتزوّجها إلا بعد الاستبراء (وقالا عليها) أي الحربية التي خرجت مهاجرة العدة (وعلى الذمية العدة . أما الذمية فالخلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في النكاح) أي الاختلاف المشبه وهو عين المتنازع فيه هنا وهو قوله في باب نكاح أهل الشرك: وإذا تزوّج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز إلى آخره ، أو المراد كلا من الاختلافين (وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة) لمسلمة في دار الإسلام (لو وقعت بسبب آخر) غير التباين في دار الإسلام كالمطاوعة والموت والطلاق (وجبت العدة فكذا بسبب التباين) وإنما قيدنا بالمسلمة ليتجه خصوص هذا الدليل عليه فهو دليل يخص الخارجة مسلمة ، ولو لم يخص بها لم تظهر الملازمة عليه لأنه قائل بعدم العدة عن طلاق الذمي ذمية إذا كانوا يدينون ذلك (قوله بخلاف ما إذا هاجر الزوج) مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم صار مسلما أو ذميا (وتركها) فإنه لاعدة عليها هناك إجماعا حتى جاز له أن يتزوج أختها أو أربعا سواها كما دخل دار الإسلام (لعدم تبليغ الأحكام) لها في دار الحرب لا لأنها غير مخاطبة بالعدة لما قدمنا في باب نكاح أهل الشرك أنها حق الآدمي فمخاطب بها . وقوله (وله قوله تعالى - ولا جناح عليكم أن تنكحوهن -) بعد قوله تعالى - إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات ، والزيادة على النص لاتجوز بالظني ، وقوله تعالى - يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء - في المطلقات ، فإلحاق التباين بالطلاق قياسا يقيده بما بعد العدة ، ولا تجوز الزيادة بالقياس ، هذا والكتابية تحت المسلم تعتد كالمسلمة ، والخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لاتجب معها العدة عند الفرقة كما لايجب معها

والإسلام ليس بشرط . قال الإمام التمرتاشي : إذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم أسلم أو صار ذميا والآخر على حربه فقد زالت الزوجية ، ثم إن كانت المرأة هي الخارجة فلا عدة عليها ، وإنما قيد المصنف قوله مسلمة بيانا لأحسن حالاتها (فإن تزوجت جاز عند أبي حنيفة . وقالا : عليها وعلى الذمية العدة أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم) يعني كما أن نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده إذا كان معتقدهم ذلك حتى لايتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة لاعدة عليها من الكافر إذا كان معتقدهم ذلك (وقد بيناه في كتاب النكاح) يعني في باب نكاح أهل الشرك (وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بينهما بسبب آخر كالطلاق ووجبت العدة فكذا بسبب التباين ، بخلاف ما إذا هاجر الرجل وتركها) في دار الحرب (لعدم تبليغ أحكام الشرع إياها وله قوله تعالى - ولا جناح عليكم أن تنكحوهن) نفي الجناح في نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص . وقوله (ولأن العدة حيث وجبت) دليل معقول . وتقريره : العدة حيث وجبت كان فيها حق العبد لأنها تجب صيانة لماء محترم ولهذا لاتجب قبل الدخول ولا حق للحربي لأنه ملحق بالجماد حتى كان

(قوله وإنما قيد المصنف بقوله مسلمة الخ) أقول : إنما قيد بقوله مسلمة ليعلم أن حال غيرها بالطريق الأولى (قال المصنف : إن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة) أقول : ممنوع عند أبي حنيفة رحمه الله .

إلا أن تكون حاملا لأن فى بطنها ولدا ثابت النسب. وعن أبى حنيفة أنه يجوز نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والأول أصح .

(فصل)

المهر لأن التسليم لايجوز لها فلا تقام الخلوة مقام الوطء ، ولا إشكال فى وجوبها بالخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح . وأما الخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح ، فإن كان يمكن الوطء مع المانع كالحيض والإحرام ونحو ذلك تجب العدة وإن لم يجب كمال المهر ، وإن اعترفا بعدم الدخول لأنها حق الشرع والولد فلا يصدقان فى حق إبطال حق غيرهما ، وتقدمت هذه فى باب المهر وأن هذا قول القدورى ومن تبعه ، ومختار غيرهم وجوب العدة فى كل صور الخلوة ، وعدة المستحاضة كغيرها لأنها ترد إلى أيام عادتها ، فإن نسيت عادتها اعتدت بثلاثة أشهر ، وكذا التى لم تحض قط وحيث وجب الاعتداد بالأشهر ، فإما أن يكون الطلاق أو الموت فى غرة الشهر أو فى أثنائه . ففى الأول يعتبر ثلاثة أشهر فى الطلاق أو أربعة فى الوفاة بالأهلة ، وفى الثانى قال أبو حنيفة : تعتبر الأيام تسعين فى الطلاق ومائة وعشرين فى الوفاة . وقال محمد : تعتد بقية الشهر بالأيام ثم تعتد شهرين بالأهلة وتكمل الشهر الأول من الشهر الثالث بالأيام . وعن أبى يوسف روايتان كالقولين آخرهما كقول محمد رحمه الله .

(فصل)

لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية وجوبها أخذ يذكر مايجب فيها على المعتدات فإنه فى المرتبة الثانية من

محلا للتملك . وقوله (إلا أن تكون حاملا) يجوز أن يكون استثناء من قوله ، والحربى ملحق بالجماد معنى لأن معناه والحربى لاحق له (إلا أن تكون امرأته حاملا لأن فى بطنها ولدا ثابت النسب) والحمل الثابت النسب يكون أمنع من احتماله ؛ ألا ترى أن أم الولد إذا كانت حاملا لايزوجها مولاها ، وإذا كانت حائلا جاز له ذلك ، وهذا لأن الولد إذا كان ثابت النسب كان الفراش قائما ، فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين ، ولا كذلك إذا لم يكن . ولقائل أن يقول : قوله تعالى ـ ولا جناح عليكم أن تنكحوهن ـ مطلق لايفصل بين الحامل والحائل ؛ فتقييده بالحائل زيادة على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة إلى العدة . والجواب أن قوله صلى الله عليه وسلم « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره » مشهور تلقته الأمة بالقبول فيجوز به الزيادة ، بخلاف العدة فإنه ليس فيها مثله . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنها إن تزوجت صح نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا ، والأول وهو أن لايجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح لثبوت نسب الولد ، بخلاف الحبلى من الزنا لأنه لانسب له .

(فصل)

لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من تجب وعلى من لاتجب ذكر فى هذا الفصل مايجب

(قوله أمنع من احتماله) أقول : فلا يلزم من منع الحمل منع الاحتمال (قوله والجواب أن قوله صلى الله عليه وسلم : من كان يؤمن بالله الخ) أقول : فيه بحث ، والأصوب التشبث بقوله تعالى ـ وأولات الأحمال ـ الآية ، فإن المراد أولات الأحمال عند الفرقة ولافرقة فى الزنا ، ثم الحديث لايدل على نفى النكاح بل يدل على نفى الوطء (قوله والأول وهو أن لايجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح الخ) أقول : قد تقدم فى فصل المحرمات من كتاب النكاح أن امتناع النكاح فى ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للحربى فينبغى أن يجوز .

(فصل) وعلى المبتوتة

قال (وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد) أما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه الصلاة والسلام « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا »

أصل وجوبها (قوله وعلى المبتوته) يعنى ويجب بسبب التزوّج على المبتوتة وأصله المبتوت طلاقها ، ترك ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهى المختلعة والمطلقة ثلاثا أو واحدة بائنة ابتداء ، ولا نعلم خلافا فى عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير الزوج من الأقارب وهل يباح ؟ قال محمد فى النوادر : لايحلّ الإحداد لمن مات أبوها أو أمها أو ابنها أو أخوها وإنما هو فى الزوج خاصة ، قيل أراد بذلك فيما زاد على الثلاث لما فى الحديث من إباحته للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام ، والتقييد بالمبتوتات يفيد نفى وجوبه على الرجعية ، وينبغى أنها لو أرادت أن تحد على قرابة ثلاثة أيام ولها زوج له أن يمنعها ، لأن الزينة حقه حتى كان له أن يضربها على تركها إذا امتنعت وهو يريدها ، وهذا الإحداد مباح لها لاواجب عليها وبه يفوت حقه (قوله فلقوله صلى الله عليه وسلم الخ) فى الصحيحين من حديث زينب بنت أبى سلمة قالت : توفى حميم لأم حبيبة فدعت بصفرة فمسحته بذراعيها وقالت : إنما أصنع هذا لأنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » والحميم القريب . وقد روى بلفظ آخر ووقع فيه مفسرا هكذا : لما توفى أبوها أبو سفيان . وفى لفظ البخارى فيه « فوق ثلاثة أيام » ولا يخفى أنه لادليل فيه على إيجاب الإحداد لأن حاصله استثناؤه من نفى الحل فيفيد ثبوت الحل ولا كلام فيه . وما قيل من أن نفى حل الإحداد نفى الإحداد فاستثناؤه استثناء من نفيه وهو إثباته فيصير حاصله لا إحداد إلا من زوج فإنها تحد ، وذلك يقتضى الوجوب لأن الإخبار

على المعتدات أن يفعلنه وما لايجب ، يقال بتّ طلاق المرأة وأبته والمبتوتة المرأة وأصلها المبتوت طلاقها ، والمراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة وهى تقع على ثلاث ، وهى المختلعة والمطلقة ثلاثا والمطلقة بتطليقة بائنة (وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد) وهو ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها . وأصل الحد المنع ، يقال أحدت المرأة إحدادا فهى محدّة منعت نفسها ، وحدت تحد حدادا (أما المتوفى عنها زوجها فلقوله صلى الله عليه وسلم « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا ») وفى وجه الاستدلال به إشكال لأن مقتضاه إحلال الإحداد للمتوفى عنها زوجها لكون الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم إحلال ، وليس الكلام فيه وإنما هو فى الإيجاب . وقال فى النهاية : يمكن أن يقال قوله صلى الله عليه وسلم « لايحلّ » نفى لإحلال الإحداد ونفى إحلال الإحداد نفى الإحداد نفسه فحينئذ كان فى المستثنى إثبات الإحداد لامحالة . وكان تقرير الحديث : لاتحد المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام إلا المتوفى عنها زوجها فإنها تحد أربعة أشهر وعشرا فكان هذا حينئذ إخبار بإحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لأن إخبار الشارع آكد من الأمر وهذا أنسب ماوجدت فى الشروح . فإن قيل : الإحداد هو التأسف على فوت النعم وذلك مذموم

(قوله وخضابها بعد وفاة زوجها) أقول : الأولى أن يقال بعد فراق زوجها ليعم المبتوتة (قوله وقال فى النهاية : يمكن أن يقال ، إلى قوله : وهذا أنسب ماوجدت فى الشروح) أقول : إن أراد اتحاد النفيين فظاهر أنه ليس كذلك ، وإن أراد الاستلزام فعلى تقدير تسليمه لاضرورة فى جعل الاستثناء من اللازم ، ثم أقول : لو صح ماذكره لاطرد فى أمثاله وليس كذلك (قوله فإن قيل الإحداد هو التأسف على فوت النعم وهو مذموم الخ) أقول : ولك أن تقول المذموم هو التأسف على فوت النعم الدنيوية المحضة ونعمة النكاح ليست كذلك فإنها من أسباب النجاة فى المعاد والدنيا .

وأما المبتوتة فمذهبنا . وقال الشافعي : لاحداد عليها لأنه

يفيده على ماعرف ، ومن أن نفي حل الإحداد إيجاب الزينة فاستثناؤه استثناء من الإيجاب فيكون إيجابا ، لأن الأصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه غير لازم ، إذ يمنع كون نفي حل الشيء الحسي نفي له عن الوجوب لغة أو شرعا ليتضمن الاستثناء الإخبار بوجوده بل نفي له عن الحل ، ولو سلم فوجود الشيء في الشرع لايستلزم الوجوب لتحققه بالإباحة والندب ولا وجوب . وأيضا استثناء الإحداد من إيجاب الزينة حاصله نفي وجوب الزينة وهو معنى حل الإحداد ، واتحاد الجنس حاصل مع هذا ، فإن المستثنى والمستثنى منه الإحداد : ولا يتوقف اتحاد الجنس على صفة الوجود فيهما فهو كالأول ، فلذا قال ظهير الدين : وما فاهوا به بما فيه ثلج الفؤاد. وعن هذا ذهب الشعبي والحسن البصري إلى أنه لايجب ولكن يحل . ويدل عليه ما أخرجه أبو داود في مراسيله عن عمرو بن شعيب « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمرأة أن تحد على زوجها حتى تنقضي عدتها : وعلى من سواه ثلاثة أيام » . والحق أن الاستدلال بنحو حديث حفصة في صحيح مسلم أنه صلى الله عليه وسلم قال « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها فإنها تحد عليه أربعة أشهر وعشرا » فإن فيه تصريحا بالإخبار ، ويكون الحديث المذكور للمصنف محكوما بإرادة الإخبار بوجود فعلها منه بطريق الحمل لظهور إرادته في حديث آخر ، ولم يخف أن الإخبار الموجب للوجوب الإخبار بصدور الفعل بالنسبة إلى المكلف لابالنسبة إلى ثبوته شرعا مثلا إذ قال الحداد تفعله المرأة أفاد الوجوب لا إذا قال الحداد ثابت شرعا فإنه أعم . ومن الأدلة فيه حديث أم عطية في الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم قال « لاتحد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا : ولا تلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب : ولا تكتحل ولا تمس طيبا إلا إذا ظهرت نبذة من قسط أو أظفار » فصرح بالنهي في تفصيل معنى ترك الإحداد ، والنبذة بضم النون الشيء اليسير، والقسط والأظفار نوعان من البخور، رخص فيه في الغسل من الحيض في تطييب المحل وإزالة كراهته . وحديث أم سلمة في الصحيحين أيضا قالت « جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفنكحلها بضم الحاء ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لامرتين أو ثلاثا ، كل ذلك يقول لا ، ثم قال : إنما هي أربعة أشهر وعشر ، وقد كانت إحداكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول» قالت زينب : كانت المرأة إذا توفي عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيئا حتى تمر بها سنة ، ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طائر فتفتض به فقلما تفتض بشيء إلا مات ، ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ، ثم تراجع بعد ماشاءت من طيب أو غيره . الحفش بكسر الحاء المهملة ثم فاء ثم شين معجمة : البيت الصغير قريب السقف حقير وتفتض بفاء ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة قيل : أي تكسر ماهي فيه من العدة بطائر أو نحوه تمسح به قبلها وتنبذه ، فلا يكاد يعيش ماتفتض به ، فهو من فض الله فاه ولا فض الله فاك . وقيل الافتضاض الإنقاء بالغسل ليصير كالفضة فهو منه ، والأول أحسن (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا إحداد عليها) أي على المبتوتة لأنه لإظهار التأسف وهو في الموت لصبره على صحبتها إلى الموت ، بخلاف ابتدائه

قال الله تعالى ـ لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم ـ فكيف صار واجبا بالخبر معارضا للكتاب ؟ أجيب بأن المراد بما في الكتاب فرح خاص وأسى خاص وهو الفرح والأسى مع الصياح هكذا روى عن ابن مسعود (وأما) وجوب الإحداد على (المبتوتة فمذهبنا . وقال الشافعي : لاحداد عليها لأنه

وجب إظهار التأسف على فوت زوج وفى بعدها إلى مماته وقد أوحشها بالإبانة فلا تأسف بفوته . ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء . وقال « الحناء طيب » ولأنه يجب إظهارا للتأسف

لطلاقها ثلاثا فإنه موحشها وخلعه لأنها راغبة فيه لمكان سؤالها . قلنا : فى محل النزاع نص ، وهو ماروى عنه صلى الله عليه وسلم « أنه نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال : الحناء طيب » ذكره السروجى حديثا واحدا وعزاه للنسائى هكذا ، ولفظه : « نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحناء وقال الحناء طيب » والله أعلم به . ويجوز كونه فى بعض كتبه . وأما جعله حديثين حديث « الحناء طيب » المتقدم ، وحديث أبى داود عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولاة لها عن أم سلمة قالت « قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا فى عدتى من وفاة أبى سلمة : لا تمتشطى بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب ، قلت : فبأى شىء أمتشط يارسول الله ؟ قال : بالسدر تغلفين به رأسك » فمع الطعن فى إسناده لايفيد المقصود فإنه فى معتدة عن وفاة . ولو سلم ثبت المطاوب بالقياس على عدة المتوفى عنها بجامع إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح ، وبتقدير تسليم أن ماعينه الشافعى مناسب معتبر فى محل النص وهو المتوفى عنها زوجها لكنه ليس هو المناسب المعتبر على الحصر بل فى المحل أيضا إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح التى هى من أسباب النجاة فى المعاد والدنيا فإنه ضابط للحكمة المقصودة لفوات الزوج ، وكون الزينة والطيب من مهيجات شهوة الجماع وهى ممنوعة عن النكاح شرعا فى هذه المدة فتمتنع دواعيه دفعا لما يدافع عن أداء الواجب ، وقد ذكر المصنف هذا المعنى أيضا عند قوله وفيه وجهان إلى آخره ، لكن ظاهره أنه ذكر على أنه علة أخرى ، والتحقيق أنه حكمة لأن المنضبط فوات ماقلناه ، بخلاف ماهو دواعيه ، وكل من الأمرين يستقل بالحكم ، فإذا وجد فى محل ثبت معه ذلك الحكم ، فى المبتوتة إن فقد التأسف على الزوج فالآخر وهو إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح موجود ، ولو تم ماذكر من إظهار التأسف مطلقا ليس علة لأنه ممنوع منه بقوله تعالى ـ لكيلا تأسوا على مافاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم ـ فلا يكون الإحداد فى المتوفى عنها منوط به لزم كون وجوبه تبعا للعدة بالنص أو معلولا بالآخر فقط ، لكن منع بأن المراد بقوله تعالى ـ لكيلا تأسوا ـ

وجب إظهارا للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها إلى مماته . وهذا قد أوحشها بالإبانة فلا تأسف على فوته . ولنا ماروى « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال : الحناء طيب » روته أم سلمة ، ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفى معناه ما روى الطحاوى فى شرح الآثار بإسناده إلى حماد عن إبراهيم النخعى قال : المطلقة والمختلعه والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لايختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يخرجن من بيوتهن . وإبراهيم أدرك عصر الصحابة وزاحمهم فى الفتوى فيجوز تقليده . وقوله (ولأنه وجب) دليل معقول ، ويجوز أن يكون بيانا لإلحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة ، وتقريره أن النص ورد فى وجوب الإحداد على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف ، ومناط حكمه إظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذى هو سبب لصونها

(قوله ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها) أقول : فيقتضى أن يجب الحداد على المطلقة الرجعية فى العدة . والجواب أن كونها معتدة متردد غير متبين مادامت فى المدة ، فإذا انقضت ولم يراجعها ظهر أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده والمدة عدة كما تقدم فلم تكن معتدة على الكمال (قوله ويجوز أن يكون بيانا لإلحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة) أقول : فيه بحث (قوله ومناط حكمه إظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الخ) أقول : ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم إلا على زوجها يدل على أنه لفوات الزوج فليتأمل .

على فوت نعمة النكاح الذى هو سبب لصونها وكفاية مؤنها ، والإبانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا قبل الإبانة لا بعدها (والحداد) ويقال الإحداد وهما لغتان (أن تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب إلا من عذر ، وفى الجامع الصغير إلا من وجع) والمعنى فيه وجهان : أحدهما ماذكرناه من إظهار التأسف . والثانى أن هذه الأشياء دواعى الرغبة فيها وهى ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كى لاتصير ذريعة إلى الوقوع فى المحرّم ، وقد صح أن النبى عليه الصلاة والسلام لم يأذن للمعتدة فى الاكتحال . والدهن لايعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ، ولهذا يمنع المحرم عنه قال : إلا من عذر لأن فيه ضرورة ، والمراد الدواء

الآية ، الأسى مع الصياح والفرح مع الصياح ، نقل عن ابن مسعود موقوفا ومرفوعا (قوله والحداد ويقال الإحداد) فمن الأول يقال حدّت المرأة تحدّ من باب نصر ومن باب ضرب أيضا حدادا فهى حاد ، ومن الثانى يقال أحدت تحد إحدادا فهى محد (قوله أن تترك الطيب) ولا تحضر عمله ولا تتجر فيه وإن لم يكن لها كسب إلا فيه (قوله وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم) تقدم (قوله والدهن لايعرى عن نوع طيب) إما فى ذاته أو فى المدهن به لما فيه من طيب نفسه به وزينته ، وقد وقع للزيلعى مخرج الأحاديث هنا وهم . وذلك أنه جعل لفظة الدهن عطفا على الاكتحال فقال عن المصنف أنه صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة فى الاكتحال والدهن ، فخرج حديث منعه الاكتحال ثم قال : وأما الدهن فقريب وهو سهو . فإن الدهن مبتدأ خبره قوله لايعرى عن نوع طيب فألحقه إلحاقا (قوله قال : إلا من عذر) لأن فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الأئمة . وذهبت الظاهرية إلى

وكفاية مؤنها ، والإبانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا قبل الإبانة لا بعدها فكان إلحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها كإلحاق ضرب الوالدين بالتأفيف . فإن قيل : إن تم هذا فى المطلقة لم يتم فى المختلعة لأنها قد افتدت نفسها برضاها لطلب الخلاص منه ، فكيف تتأسف ؟ فالجواب أن الأحكام إنما تعتبر بالموضوعات الأصلية وفوات نعمة النكاح مما يوجب التأسف بوضعه فلا معتبر بصورة نقض صدرت من ناقصات العقل والدين . لايقال : لو كان الحداد لما ذكرتم لوجب على الأزواج أيضا لأن نعمة النكاح مشتركة بينهما . لأنا نقول : النص لم يرد إلا فى الزوجات ، والأزواج ليسوا فى معناهن لكونهم أدنى منهن فى نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لأنهن لحم على وضم ودرور النفقة عليهن لكونهن ضعائف عن التكسب عواجز عن التقلب ولا كذلك الأزواج . وقوله (والحداد ويقال الإحداد) تعريف للحداد ، وكان موضعه أول الكلام ، وأتى بالجامع الصغير لأن لفظه يخالف لفظ القدورى ، وفى الوجع إشارة إلى أن العذر هو التداوى لا الزينة . وقوله (والمعنى فيه) أى فى إيجاب ترك الطيب والزينة وجهان : أحدهما ماذكرناه من إظهار التأسف . والثانى أن هذه الأشياء دواعى الرغبة فيها لأن المرأة إن كانت متزينة متطيبة تزيد رغبة الرجل فيها (وهى ممنوعة عن النكاح) مادامت فى عدة الوفاة أو الطلاق (فتجتنبها كى لاتصير ذريعة) أى وسيلة (إلى الوقوع فى المحرم) وهو النكاح (وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة فى الاكتحال) روى عن أم سلمة رضى الله عنها أنها قالت « جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت : إن زوج ابنتى توفى وقد اشتكت عينها أفنكحلها ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ، مرتين أو ثلاثا » وقوله (والمراد والدواء) يعنى ينبغى أن يكون مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة

(قوله روى عن أم سلمة رضى الله عنها ، إلى قوله : فقال صلى الله عليه وسلم : لا مرتين أو ثلاثا) أقول : فإن قيل : مقتضى الحديث أن

لا الزينة . ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا ، فإن كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها لأن الغالب كالواقع ، وكذا لبس الحرير إذا احتاجت إليه لعذر لا بأس به (ولا تختضب بالحناء) لما روينا (ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران) لأنه يفوح منه رائحة الطيب. قال (ولا حداد على كافرة) لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع (ولا على

أنها لا تكتحل ولو من وجع وعذر لما تقدم من الحديث الصحيح حيث نهى نهيا مؤكدا عن الكحل التي اشتكت عينها ، والجمهور حملوه على أنه لم يتحقق الخوف على عينها ، وكذا قال المصنف ، فإن كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها ذلك بشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات ، وقد جاء في حديث أم حكيم بنت أسيد عن أمها أن زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكتحل بكحل الجلاء فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة فسألتها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحل منه إلا من أمر لا بد منه يشتد عليك فتكتحلي بالليل وتمسحيه بالنهار ثم قالت : عند ذلك «دخل عليّ رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفي أبو سلمة وقد جعلت عليّ صبرا ، فقال : ماهذا يا أم سلمة ؟ فقلت : إنما هي صبر يارسول الله ؟ فقال : إنه يشبّ الوجه فلا تجعليه إلا بالليل وانزعيه بالنهار ، ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب » الحديث رواه أحمد وغيره ، لكن أمها مجهولة ، وتمتشط بأسنان المشط الواسعة لا الضيقة ذكره في المبسوط ، وأطلقه الأئمة الثلاثة ، وقد ورد في الحديث مطلقا ، وكونه بالضيقة يحصل معنى الزينة وهي ممنوعة منها ، وبالواسعة يحصل دفع الضرر ممنوع بل قد تحتاج لإخراج الهوام إلى الضيقة . نعم كل ما أرادت به معنى الزينة لم يحل . وأجمعوا على منع الأدهان المطيبة ، واختلفوا في غير المطيبة كالزيت والشيرج البحتين والسمن فمنعناه نحن والشافعي إلا لضرورة لحصول الزينة به ، وأجازه الإمامان والظاهرية (قوله لعذر) كالحكة والقمل والمرض ، وقال مالك : يباح لها الحرير الأسود والحليّ ، والمعنى المعقول من النص في منع المصبوغ ينفيه ، وقد صرح بمنع الحلي في الحديث على ماسنذكره ، ولم يستثن من المصبوغ في الحديث السابق إلا العصب فشمل منع الأسود (قوله لأنه يفوح الخ) يفيد أنه إذا كان خلقا لا رائحة له يجوز . وفي الكافي قال : إذا لم يكن لها ثوب إلا المصبوغ فإنه لا بأس به لضرورة ستر العورة لكن لا تقصد الزينة ، وينبغي تقييده بقدر ما تستحدث ثوبا غيره إما ببيعه والاستخلاف بثمنه أو من مالها إن كان لها . وروى مالك وأبو داود والنسائي عن أم سلمة قالت : قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تلبس المتوفى عنها زوجها المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحليّ ، ولا تختضب ولا تكتحل » هذا لفظ أبي داود . والمشق المغرة ، ولا تلبس العصب عندنا . وأجاز الشافعي رقيقه وغليظه ، ومنع مالك رقيقه دون غليظه . واختلف الحنابلة فيه وفي تفسيره ، في الصحاح : العصب ضرب من برود اليمن ينسج أبيض ثم يصبغ بعد ذلك ، وفي المغني : الصحيح أنه نبت يصبغ به الثياب ، وفسرت في الحديث بأنها ثياب من اليمن فيها بياض وسواد، ويباح لها لبس الأسود عند الأئمة الأربعة، وجعله الظاهرية كالأحمر والأخضر (قوله ولا حداد على كافرة) لا حداد عندنا على كافرة ولا صغيرة ولا مجنونة ، خلافا للشافعي ومالك لأنه يجب لموت الزوج

وقوله (لما روينا إشارة إلى قوله صلى الله عليه وسلم « الحناء طيب » . قال (ولا حداد على كافرة) هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهن خمس الكافرة والصغيرة وأم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية . ولم يذكرها في هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم ، أما الكافرة وهي الكتابية فلأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من

لا يجوز بعذر كما هو مذهب الظاهرية لا يجوزون الاكتحال ولو من وجع للحديث. قلنا : الجمهور حملوه على أنه لم يتحقق الخوف على عينها . قال الكمال الدميري في شرح منهاج النووي : زاد عبد الحق فيه أنها قالت : يارسول الله إني أخشى أن تفقأ عينها ، قال : وإن انفقأت اهـ . فهذا يدل على ماذهب إليه الظاهرية إلا أن يقال بعدم صحته وفيه تأمل (قال المصنف : ولا حداد على كافرة) أقول : قال ابن الهمام : ولا حداد عندنا على كافرة ولا صغيرة .

صغيرة) لأن الخطاب موضوع عنها (وعلى الأمة الإحداد) لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى ، بخلاف المنع من الخروج لأن فيه إبطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته .

فيعم النساء كالعدة . قلنا : يجب الحداد عند موت الزوج حقا من حقوق الشرع ، ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لايجوز لها تركه فلا يخاطب هؤلاء به ، ولذا شرط الإيمان فيه حيث قال صلى الله عليه وسلم « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر » الحديث . قولهم كما تعم العدة عليهن . قلنا : العدة قد تقال على كفّ النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضى المدة على ما أسلفناه بتحقيقه ، والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الآخرين على معنى أن عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن إلى انقضاء مدة معينة ، فإذا باشره ولىّ الصغيرة والمجنونة قبلها لايصح شرعا ، ولا خطاب للعباد فيه تكليفى بل هو من ربط المسببات بالأسباب ، بخلاف منعها عن اللبس والطيب فإنه فعلها الحسى محكوم بحرمته فلا بد فيه من خطاب التكليف ، بخلاف الأول فإنه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف ، فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لايأثمن لعدم التكليف به . نعم قد ثبت على الكافرة فى العدة خطاب عدم التزوّج لحق الزوج ، فإن فى العدة بهذا المعنى جهتين (قوله وعلى الأمة الحداد) يعنى إذا كانت منكوحة فى الوفاة والطلاق البائن ، وكذا المدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة لثبوت العلة الموجبة لأنها مخاطبة بحقوقه تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى ، وليس فى الإحداد فوات حقه فى الاستخدام ، بخلاف المنع من الخروج فإنه لو لزمها فى العدة ثبت ذلك ، فقلنا : لاتمنع من الخروج فى عدتها كى لايفوت حقه فى استخدامها ، وحق العبد مقدم على حق الشرع بإذنه لفناه ، قال تعالى - إلا مااضطررتم إليه - فإن قيل : لو وجب الحداد لعلة فوات نعمة النكاح لوجب بعد شراء المنكوحة . فالجواب أنها لم تفت لقيام الحل والكفاية ، غاية الأمر أنه ثبت على وجه أحطّ من الحل الثابت بالعقد باعتبار ثبوت النسب بلا دعوة فى العقد بخلاف الملك ، ولا أثر لهذا القدر من الأحطية فإن نعمة النكاح ليس فواتها مؤثرا باعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل باعتبار فوات مافيها من أنها سبب لصونها وكفاية مئونتها ، وهذا القدر لم يفت فلا موجب للحداد ، وبهذا التقرير يندفع إشكال أنه لاينوب الأدنى وهو هذا الحل عن الأعلى والتفصى عنه بالتزام وجوب الحداد على الزوجة المشتراة ، إلا أنه لم يظهر لكونها حلالا حتى لو أعتقها ظهر فإنه دعوى بلا دليل عليها بل دليل نفيها أنه وجوب

حقوقه ، أشار إلى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « لايحلّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر » وأما الصغيرة فلأن الخطاب موضوع عنها . وذكر الأمة فى أثنائها استطرادا وهو ظاهر ، وأما أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلأن كل واحدة منهما ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف ، والأصل هو الإباحة فى الزينة لاسيما فى النساء ، قال الله

ولا مجنونة ، خلافا للشافعى ومالك رحمهما الله لأنه يجب بموت الزوج فيعم النساء كالعدة . قلنا : يجب الحداد عند فقد الزوج حقا من حقوق الشرع ، ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لايجوز لها تركه ولا يخاطب هؤلاء به ، ولهذا شرط الإيمان فيه حيث قال صلى الله عليه وسلم « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر » الحديث . قولهم كما تعم العدة عليهن . قلنا العدة : قد تقال على كف النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضى المدة كما أسلفناه بتحقيقه ، والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الآخرين على معنى أن عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن إلى انقضاء مدة معينة ، فإذا باشره ولى الصغيرة والمجنونة قبلها لايصح شرعا ولا خطاب للعباد فيه تكليفى بل هو من ربط المسببات بالأسباب ، بخلاف منعها عن اللبس والطيب فإنه فعلها الحسى محكوم بحرمته فلابد فيه من خطاب التكليف ، بخلاف الأول فإنه محكوم بعدم صحته ولايتوقف على خطاب التكليف ، فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لايأثمن لعدم التكليف به . نعم قد يثبت على الكافرة فى العدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فإن فى العدة بهذا المعنى جهتين اه . فى قوله فلابد فيه من خطاب التكليف بحث لأنه لم لايجوز أن يكون للأولياء .

قال (وليس فى عدة أم الولد ولا فى عدة النكاح الفاسد إحداد) لأنها مافاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والإباحة أصل (ولاينبغى أن تخطب المعتدة ولابأس بالتعريض فى الخطبة) لقوله تعالى ـ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ـ إلى أن قال ـ ولكن لاتواعدوهن سرًّا إلا أن تقولوا قولا معروفا ـ وقال عليه الصلاة والسلام « السرّ النكاح » وقال ابن عباس رضى الله عنهما : التعريض أن يقول إنى أريد أن أتزوّج . وعن سعيد بن جبير رضى الله عنه فى القول المعروف : إنى فيك لراغب وإنى أريد أن نجتمع

لافائدة فيه لأن لها الزينة والتطيب بعد شرائها والوجوب يستتبع الفائدة (قوله وليس فى عدة أم الولد من وفاة سيدها أو إعتاقها حداد) وكذا الموطوءة بشبهة والمنكوحة فاسدا لأنهن ما فاتهن نعمة النكاح (والأصل الإباحة) أى إباحة الزينة ، وهذا لأن بالإعتاق يزول الرق الذى هو أثر الكفر فهو موضع السرور لا الأسف ، والنكاح الفاسد والموطوءة بشبهة ظاهر . وأورد عليه أنه فوات علة معينة ، وقدم المصنف للإحداد علة أخرى وهو كون هذه الأشياء دواعى الرغبة وكل منهما يستقل وهذه موجودة هنا فينبغى أن يجب الحداد . وأجيب بأن كونهما ممنوعتين عن النكاح حكم وجوب الحداد لاعلته ، بل علته فوات نعمة النكاح وهو يدور معها وجودا وعدما ، كذا قيل وهو بالضعيف جدير . وفى النهاية : تلك حكمة لاعلة لما ذكرنا من دوران وجوب الإحداد بفوات نعمة النكاح ، والحكم يدور مع العلة لا الحكمة لما عرف فى مسئلة الاستبراء (قوله ولا بأس بالتعريض فى الخطبة) أراد المتوفى عنها زوجها ، إذ التعريض لايجوز فى المطلقة بالإجماع ، فإنه لايجوز لها الخروج من منزلها أصلا فلا يتمكن من التعريض على وجه لايخفى على الناس ، ولإفضائه إلى عداوة المطلق والتعريض أن يذكر شيئا يدل به على شىء لم يذكره لقول ابن عباس فيما أخرج البخارى عنه قال : ـ لاجناح عليكم فيما عرضتم به ـ يقول إنى أريد أن أتزوّج أو وددت أن يتيسر لى امرأة صالحة ، وقال القاسم يقول إنك علىّ كريمة وإنى فيك لراغب وإن الله لسائق إليك خيرا أو نحو هذا . وأخرج البيهقى عن سعيد بن جبير ـ إلا أن تقولوا قولا معروفا ـ قال يقول إنى فيك لراغب وإنى لأرجو أن نجتمع ، وليس فى هذا تصريح بالتزوّج والنكاح ؛ ونحوه إنك لجميلة أو صالحة ، ولا يصرح بنكاحها فلا يقول إنى أريد أن أنكحك أو أتزوّجك . وسبك الآية ـ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به ـ أى فيما ذكرتم لهن من الألفاظ الموهمة لإرادة نكاحهن ـ أو أكننتم ـ أى أضمرتم فى أنفسكم فلم تنطقوا به تعريضا ولا

تعالى ـ قل من حرّم زينة الله التى أخرج لعباده ـ فإن قيل : قد ذكر المصنف أن وجوب الحداد لإظهار التأسف وكون هذه الأشياء دواعى الرغبة فيها ، فإن فات الأول فى أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالثانى موجود فيهما لأنهما ممنوعان عن النكاح حال قيام عدتهما ، وكان ينبغى أن يجب الحداد عليهما للوجه الثانى . أجيب بأن الوجه الثانى حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح ، والحكم يدور على العلة دون الحكمة ، وأرى أن قوله والإباحة الأصلية إشارة إلى الجواب عن هذا السؤال . ووجهه أنه لما فات فيهما أحد الوجهين عارضت الإباحة الأصلية الوجه الآخر فلم تثبت الحرمة (ولا ينبغى أن تخطب المعتدة) لقوله ـ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ـ (ولا بأس بالتعريض فى الخطبة لقوله تعالى ـ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ـ إلى أن قال ـ ولكن لاتواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا ـ وقال صلى الله عليه وسلم « السرّ النكاح » وعلى هذا التفسير كانت الآية دليلا على الحكمين جميعا ، والتعريض أن تذكر شيئا تدل به على شىء آخر ، وقد فسره ابن عباس فى الخطبة على ماذكره فى الكتاب ، ومعنى قوله ـ أكننتم فى أنفسكم ـ أى

(ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا ، والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت فى غير منزلها) أما المطلقة فلقوله تعالى – لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة – قيل الفاحشة نفس الخروج ، وقيل الزنا ، ويخرجن لإقامة الحد ، وأما المتوفى عنها زوجها فلأنه لانفقة لها فتحتاج إلى الخروج نهارا لطلب المعاش ، وقد يمتد إلى أن يهجم الليل ، ولا كذلك المطلقة لأن النفقة دارة عليها من مال زوجها ،

تصريحا – علم الله أنكم ستذكرونهن – فاذكروهن – ولكن لاتواعدوهن سرا – أى نكاحا فلا تقولوا أريد أن أتزوجك وسمى النكاح سرا لأنه سبب السر الذى هو الوطء فإنه مما يسر ، وحديث « السر النكاح » المذكور فى الكتاب غريب – إلا أن تقولوا قولا معروفا – والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن ، وهو منقطع لأن القول المعروف ليس داخلا فى السر والاستدراك يتعلق بالمحذوف الذى أبرزنا صورته وهو فاذكروهن ، والله أعلم (قوله وبعض الليل) يخصه من التعليل قوله وقد يمتد إلى أن يهجم الليل ، وقد روى عن محمد المتوفى عنها لابأس أن تغيب عن بيتها أقل من نصف الليل . قال الحلوانى : هذه الرواية صحيحة لأن المحرم عليها البيتوتة فى غير منزلها ، والبيتوتة هى الكينونة فى جميع الليل نقله فى الكافى ؛ وقد مر قبله ماينبى اختيار صحتها وهو قوله لأن نفقتها عليها وعسى لاتجد من يكفيها مئونتها فتحتاج إلى الخروج لنفقتها غير أن أمر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالى فأبيح الخروج لها بالنهار دون الليالى انتهى . ويعرف من التعليل أيضا أنها إذا كان لها قدر كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها أن تخرج لزيارة ونحوها ليلا ولا نهارا . والحاصل أن مدار الحل كون غيبتها بسبب قيام شغل المعيشة فيتقدر بقدره ، فمتى انقضت حاجتها لايحل لها بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها (قوله أما المطلقة فلقوله تعالى – لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن – الآية) اشتملت على نهى الأزواج عن إخراجهن غضبا عليهن وكراهة لمساكنتهن أو لحاجتهم إلى المساكن ، وعلى نهى المطلقات عن الخروج ونهيهن أبلغ لأنه أوقع بلفظ الخبر – إلا أن يأتين بفاحشة مبينة – قيل الفاحشة نفس الخروج ، قاله النخعى ، وبه أخذ أبو حنيفة ، وقيل الزنا ، فيخرجن لإقامة الحد عليهن وهو قول

سترتم فى قلوبكم فلم تذكروه بألسنتكم لامعرضين ولا مصرحين ، والمستدرك بقوله – ولكن لاتواعدوهن – محذوف تقديره علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لاتواعدوهن سرا : أى وطأ لأنه مما يسر ، إلا أن تقولوا قولا معروفا وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا ، والاستثناء متعلق بلا تواعدوهن : أى لاتواعدوهن مواعدة قط إلا مواعدة معروفة ، كذا فى الكشاف ، وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره فى الكتاب (ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة أن تخرج من المنزل) الذى كانت فيه وقت المفارقة إلا إذا اضطرت نحو إن خافت سقوطه أو يغار فيه على نفسها أو مالها أو أخرجها أهل المنزل بأن كانت تسكن بكراء وكان زوجها غائبا أو لاتقدر على الأجرة (والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت فى غير منزلها ، أما عدم خروج المطلقة فلقوله تعالى – واتقوا الله ربكم لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة –) واختلف فى تفسير الفاحشة فقيل هى نفس الخروج ، قاله إبراهيم النخعى وبه أخذ أبوحنيفة ، فيكون معناها : إلا أن يكون خروجها فاحشة ، كما يقال لايسب النبى عليه الصلاة والسلام إلا كافر ولايزنى أحد إلا أن يكون فاسقا (وقيل هى الزنا ويخرجن لإقامة الحد عليهن) قاله ابن مسعود ، وبه أخذ أبو يوسف ، وقال ابن عباس : هى نشوزها وأن تكون بذية اللسان تبذو على أحماء زوجها . وقوله (وأما المتوفى عنها زوجها) واضح .

حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل إنها تخرج نهارا ، وقيل لاتخرج لأنها أسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها (وعلى المعتدة أن تعتد فى المنزل الذى يضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت) لقوله تعالى - لاتخرجوهن من بيوتهن - والبيت المضاف إليها هو البيت الذى تسكنه ، ولهذا لو زارت أهلها وطلقها زوجها كان عليها أن تعود إلى منزلها فتعتد فيه وقال عليه الصلاة والسلام للتى قتل زوجها « اسكنى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » (وإن كان نصيبها من دار الميت لايكفيها فأخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت ، لأن هذا انتقال بعذر ، والعبادات تؤثر فيها الأعذار

ابن مسعود وبه أخذ أبو يوسف ، وقال ابن عباس : الفاحشة نشوزها وأن تكون بذية اللسان على أحمائها . وقول ابن مسعود أظهر من جهة وضع اللفظ لأن - إلا أن - غاية ، والشىء لايكون غاية لنفسه وما قاله النخعى أبدع وأعذب فى الكلام ، كما يقال فى الخطابيات لاتزنى إلا أن تكون فاسقا ، ولا تشتم أمك إلا أن تكون قاطع رحم ونحوه ، وهو بديع بليغ جدا يخرج إظهار عذوبته عن غرضنا (قوله حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل تخرج نهارا) لأنها قد تحتاج كالمتوفى عنها . وقيل لايباح لها الخروج لأنها هى التى أبطلت النفقة فلا يصح هذا الاختيار فى إبطال حق عليها ، وبه كان يفتى الصدر الشهيد ، وصححه فى جامع قاضيخان ، وهذا كما لو اختلعت على أن لاسكنى لها فإن مئونة السكنى تبطل عن الزوج ويلزمها أن تكترى بيت الزوج ، وأما أن يحل لها الخروج فلا . والحق أن على المفتى أن ينظر فى خصوص الوقائع ، فإن علم فى واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة إن لم تخرج أفتاها بالحل وإن علم قدرتها أفتاها بالحرمة (قوله ولهذا) أى لأن البيت المضاف إليها هو الذى تسكنه لو زارت أهلها والزوج معها أو لا فطلقها كان عليها أن تعود إلى منزلها ذلك فتعتد (قوله وقال صلى الله عليه وسلم) تأييدا للاستدلال بالكتاب بأن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت على وفق ماقلنا أنه مدلول الكتاب ، وهو ما أخرج أصحاب السنن الأربعة عن سعيد بن إسحاق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب عن ذريعة بنت مالك بن سنان وهى أخت أبى سعيد الخدرى « أنها جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فتساله أن ترجع إلى أهلها فى بنى خدرة وأن زوجها خرج فى طلب أعبد له أبقوا حتى إذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه ، قالت : فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجع إلى أهلى فإن زوجى لم يترك لى مسكنا يملكه ولا نفقة ، فقالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نعم قالت : فانصرفت حتى إذا كنت فى الحجرة أو فى المسجد نادانى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو أمر بى فنوديت له فقال : كيف قلت ؟ قالت : فرددت عليه القصة التى ذكرت له من شأن زوجى ، قال : امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ، قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا ، قالت : فلما كان عثمان أرسل إلى فسألنى عن ذلك فأخبرته فاتبعه » انتهى ، ورواه مالك فى الموطإ وابن حبان فى صحيحه ، وأخرجه الحاكم عن إسحاق ابن سعيد بن كعب بن عجرة حدثتنى زينب به . قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد من الوجهين جميعا

وقوله (وقال صلى الله عليه وسلم للتى قتل زوجها) هى فريعة بنت مالك بن أبى سنان أخت أبى سعيد الخدرى « لما قتل زوجها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذنت أن تعتد فى بنى خدرة لا فى بيت زوجها ، فأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما خرجت دعاها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها : أعيدى المسئلة ، فأعادت فقال لها : لاحتى يبلغ الكتاب أجله » يعنى لاتخرجى حتى تنقضى عدتك . وفى هذا الحديث دليل على حكمين . على أنها يجب عليها أن تعتد فى منزل الزوج ،

فصار كما إذا خافت على متاعها أو خافت سقوط المنزل أو كانت فيها بأجر ولا تجد ما تؤديه (ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث لابد من سترة بينهما ثم لابأس به) لأنه معترف بالحرمة إلا أن يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لأنه عذر، ولا تخرج عما انتقلت إليه، والأولى أن يخرج هو ويتركها (وإن جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن، وإن ضاق عليهما المنزل فلتخرج، والأولى خروجه،

ولم يخرّجاه. قال محمد بن يحيى الذهلي: هذا حديث صحيح محفوظ. وهما اثنان: سعيد بن إسحاق وهو أشهرهما وإسحاق ابن سعد بن كعب، وقد روى عنهما جميعا يحيى بن سعيد الأنصاري، وقد ارتفعت عنهما الجهالة انتهى. وقول ابن حزم زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعيد بن إسحاق وهو غير مشهور بالعدالة دفعه ابن القطان بأن الحديث صحيح، فإن سعيد بن إسحاق ثقة وممن وثقه النسائي وزينب كذلك ثقة. وقال الترمذي: حديث صحيح وفي تصحيحه توثيقهما، ولا يضر الثقة أن لايروى عنه إلا واحد. وقد قال ابن عبد البرّ إنه حديث مشهور فوجب اعتباره والعمل به، وأما ماروى الدارقطني أنه صلى الله عليه وسلم أمر المتوفى عنها زوجها أن تعتد حيث شاءت فقال فيه: لم يسنده غير أبي مالك النخعي وهو ضعيف. وقال ابن القطان ومحبوب بن محرز أيضا ضعيف وعطاء بن المسيب مختلط، وأبو بكر بن مالك أضعفهم، فلذلك أعله الدارقطني به. وذكر الجمع أصوب لاحتمال أن تكون الجناية من غيره انتهى كلامه (قوله وصار كما إذا خافت على متاعها اللصوص الخ) أي فإنها تخرج لأنه عذر. وإذا خرجت إلى منزل للعذر صار الثاني كالأول فلا تخرج منه إلا لعذر وتعيين الموضع الذي تنتقل إليه في عدة الطلاق إلى الزوج وفي عدة الوفاة إليها لأنها مستبدة في أمر السكنى حتى أن أجرة المنزل إن كان بأجر عليها وعليها أن تسكن فيه إلا أن لاتجد الكراء وتجد ماهو بلا كراء فلها أن تتحول إليه، وكذا في الزوج الغائب، ولا تخرج المعتدة إلى صحن الدار التي فيها منازل الأجانب لأنه كالخروج إلى السكة، ولهذا يقطع السارق بإخراج المتاع إليه، فإن لم يكن في الدار منازل بل بيوت جاز لها الخروج إلى صحنها ولا تصير به خارجة عن الدار وتبيت في أي بيت شاءت منها (قوله ثم لابد من سترة بينهما) يعني إذا لم يكن للزوج إلا بيت واحد كي لاتقع الخلوة بالأجنبية، وكذا هذا في الوفاة إذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها. ثم لا بأس بالمساكنة بعد اتخاذ الحجاب اكتفاء بالحائل، وإنما اكتفى به لأن الزوج يعتقد الحرمة فلا يقدم على المحرم إلا أن يكون فاسقا فحينئذ تخرج لأنه عذر، والأولى أن يخرج هو، وكذا في كل موضع يتحقق عذر يبيح الخروج، الأولى أن يخرج هو، ولعل المراد أنه أرجح فيجب الحكم به، كما يقال إذا تعارض محرم ومبيح ترجح المحرم أو فالمحرم أولى، ويراد ماقلنا، وهذا لأنهم عللوا أولوية خروجه بأن مكثها واجب لامكثه، ومتى انتقلت فتعيين المكان إليه كما ذكرنا آنفا

وعلى أن الخروج في بعض النهار لقضاء حوائجها جائز، فإنه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها خروجها للاستفتاء وقوله (والأولى أن يخرج هو ويتركها) لأن مكثها في منزل الزوج واجب ومكثه فيه مباح ورعاية الواجب أولى. وقوله (وإن ضاق عليهما المنزل فلتخرج) يشير إلى أن ضيق المنزل من جملة الأعذار، فإذا خرجت فإلى الزوج تعيين الموضع الذي تنتقل إليه، بخلاف المتوفى عنها زوجها إذا خرجت لعذر، فإن التعيين إليها لاستبدادها

(قوله وعلى أن الخروج في بعض النهار لقضاء حوائجها جائز الخ) أقول: كان المرخص خروجها لطلب المعاش والخروج للسؤال عما يهمها من أمر دينها غير ذلك، فإن المذهب أن الزوج يضرب المرأة على الخروج من منزله بلا إذن إلا إن احتاجت إلى الاستفتاء في حادثة ولم يرض الزوج أن يستفتى لها وهو غير عالم فليتأمل. ذكره ابن الهمام في آخر القسم (قوله ورعاية الواجب أولى) أقول: بل رعاية الواجب واجب

وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها فى غير مصر ، فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها) لأنه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء (وإن كانت مسيرة ثلاثة أيام إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت سواء كان معها ولىّ أو لم يكن) معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضا لأن المكث فى ذلك المكان أخوف عليها من الخروج ، إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد فى منزل الزوج . قال (إلا أن يكون طلقها أو مات عنها زوجها فى مصر فإنها لاتخرج حتى تعتد ثم تخرج إن كان لها محرم) وهذا عند أبى حنيفة

(قوله وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة أو غيرها) المقصود إذا سافر بها فطلقها فإما رجعيا أو بائنا ؛ ففى الرجعى تتبع زوجها حيث مضى لأن النكاح قائم ، وإن كان بائنا أو مات عنها وبينها وبين كل من مصرها ومقصدها أقل من السفر ، فإن شاءت مضت إلى المقصد وإن شاءت رجعت سواء كانت فى مصر أو لا معها محرم أو لا لأنه ليس فى ذلك إنشاء سفر . وخروج المطلقة والمتوفى عنها زوجها ما دون السفر مباح إذا مست الحاجة إليه بمحرم وبغيره ، إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد فى منزل الزوج ، كذا فى الدراية . وإطلاق المصنف يقتضى أنه إذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها وبين مقصدها سفر أو دونه . أما إن كان مدة سفر فظاهر لأن المضى إلى مقصدها سفر والرجوع ليس بسفر ؛ وأما إن كان ما دونها فترجع أيضا لأنها كما رجعت تصير مقيمة ، وإذا مضت تكون مسافرة مالم تصل إلى المقصد ، فإذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر فى العدة تعين عليها ذلك ، كذا فى النهاية وهو أوجه (قوله ومعناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام) فصاعدا ، فإذا كان دونها إلى المقصد لاتتخير بل يتعين عليها الذهاب إلى المقصد (قوله إلا أن يكون) استثناء من قوله إن

فى أدر السكنى . وقوله (وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها)هذه المسئلة على وجوه لأنه لايخلو إما أن يكون بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام أو ثلاثة أيام فصاعدا ، فإن كان الأول رجعت إلى مصرها سواء كان بينها وبين مقصدها ثلاثة أيام أو دونها ، أما إذا كان ثلاثة أيام فظاهر لأن المضى إلى مقصدها يكون سفرا والرجوع لايكون ، وأما إذا كان أقل منها فلأنها كما رجعت صارت مقيمة ، وإذا مضت كانت مسافرة مالم تصل إلى المقصد ، فإذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر فى العدة تعين ذلك عليها ؛ وإن كان الثانى فلا يخلو إما أن يكون بينها وبين المقصد أيضا ثلاثة أيام أو أقل ؛ فإن كان ثلاثة أيام فهى بالخيار إن شاءت رجعت إلى مصرها وإن شاءت مضت سواء كان معها ولىّ أو لم يكن ، لأن المكث فى ذلك المكان أخوف عليها من الخروج لأن وضع المسئلة فى الخروج إلى مكة وغالب طرقها مفازة ومعطش فلا بد من الخروج . قيل وينبغى أن تختار أقرب الجانبين وهى فى هذه المسئلة كالتى أسلمت فى دار الحرب لها أن تهاجر من غير محرم لأنها خائفة على نفسها ودينها فهذه فى المفازة كذلك . قال المصنف (إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد فى منزل الزوج) وإن كان أقل مضت إلى مقصدها لأنها إذا مضت لاتكون منشئة سفرا ولا سائرة فى العدة مدة السفر ، وإن رجعت كانت منشئة سفرا فلهذا مضت إلى مقصدها ولم يذكر المصنف فى الكتاب هذا الشق اعتمادا على أنه يفهم من الشق الأول ، لأنه إذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار ، فإذا كان أحدهما أقل تعين . وقوله (إلا أن يكون طلقها أو مات عنها فى مصر) استثناء من قوله إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت : يعنى أن لها

(قوله وإذا مضت كانت مسافرة) أقول : فى الأغلب زوالا فيجوز أن لايكون بين مصرها ومكة مدة السفر ، فالأولى أن يعلل بما يشمل

(وقال أبو يوسف ومحمد : إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد) لهما أن نفس الخروج مباح دفعا لأذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر ، وإنما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم . وله أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم ، فإن للمرأة أن تخرج إلى مادون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك ، فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير المحرم ففى العدة أولى .

شاءت رجعت وإن شاءت مضت : أى فى جميع الأحوال إلا فى حال يكون طلقها أو مات عنها فى مصر فإنها لاتتخير بل يتعين عليها أن تعتد فيه عند أبى حنيفة سواء كان معها محرم أو لا . وحاصل وجوه المسئلة : إما أن يكون بينها وبين مصرها ومقصدها أقل من السفر فتتخير والأولى الرجوع على مافى الكافى . وعلى مافى النهاية وغيرها يتعين الرجوع ، أو كان أحدهما سفرا والآخر دونه فتختار مادونه لأنها باختيار مقابله منشئة سفرا دون اختياره ، فإن كان كل منهما سفرا فلا يخلو من أن تكون فى مفازة أو مصر ، فإن كانت فى مفازة فإن شاءت مضت وإن شاءت رجعت بمحرم أولا ، لأن ما يخاف عليها فى ذلك المكان أشد مما يخاف عليها فى الخروج ، والأولى أن تختار الرجوع لما قلنا ، وإن كانت فى مصر لم تخرج بغير محرم لأن مايخاف فى السفر بغير محرم أعظم مما يخاف عليها فى المصر فكان المكث فى المصر أولى ، بخلاف المفازة ، فإن كان معها محرم لم تخرج عند أبى حنيفة فى العدة وقالا : تخرج وهو قول أبى حنيفة أولا . وقوله الآخر أظهر . لهما أنها فى غير منزلها فلها أن تخرج بمحرم كما لو كانت فى غير المصر ، وهذا لأن أصل الخروج مطلق لها إجماعا لما يلحقها من ضرر الغربة ووحشة الانفراد ، ومتى قلنا لها أن تخرج إلى مادون السفر بلا محرم فإذا بطل معنى السفر بالمحرم بقى مجرد الخروج وهو مطلق لمكان الغربة ، إذ الغريب يؤذى ويهان فأشبه المفازة . وله أن تأثير العدة فى المنع من الخروج أقوى من تأثير عدم المحرم فى المنع من السفر ، فالعدة أولى ، وما دون السفر إنما أبيح مع قيام العدة باعتبار أنه ليس بخروج لأنه بناء على الخروج الأول لا لأن أصل الخروج مباح وهى هنا منشئة للخروج باعتبار السفر فيتناوله التحريم ، وإذا تناوله لم يسقط بالمحرم لأنه لايرتفع به حرمة الخروج بسبب العدة . وفى البدائع : لو كانت الجهتان مدة سفر فمضت أو رجعت وبلغت أدنى المواضع التى تصلح للإقامة أقامت فيه واعتدت إن لم تجد محرما بلا خلاف ، وكذا إن وجدت عند أبى حنيفة .

الخيار فى ذلك إلا إذا كانت المفارقة فى مصر فليس لها أن تخرج حتى تعتد ، ثم تخرج إن كان لها محرم عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد لأن نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لأذى الغربة ووحشة الوحدة ، وإنما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم ، وإذا ارتفعت الحرمة عاد مباحا . وقوله (وهذا عذر) إشارة إلى نكتة أخرى هى أن التربص على المعتدة فى منزلها وإن كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال بعذر كانهدام المنزل وغيره وأذى القربة ووحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظرا إلى وجود المقتضى وانتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم . ولأبى حنيفة أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم لما ذكره فى الكتاب وهو واضح .

تلك الصورة (قوله لأن نفس الخروج مباح بالاتفاق) أقول : فيما إذا كان فى مصر وكان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر إلا أن الإمام أبا حنيفة رحمه الله يقول : هو بناء على الخروج الأول لا أنه إنشاء للخروج وفيما نحن فيه تكون منشئة للسفر فتدبر (قوله وقوله وهذا عذر إشارة إلى نكتة أخرى الخ) أقول : يعنى سلمنا أنه ليس بمباح لكنه يرخص لها بعذر . فإن قيل : المباح فى كلام المصنف حينئذ بمعنى المرخص بعذر فلا فرق بين النكتتين لاتحادهما معنى . قلنا : لانسلم أنه بمعنى المرخص ، فإنه إذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر وكانت فى مصر يباح لها أن تخرج وترجع إلى مصرها فحمل الأولى ذلك فتأمل .

(باب ثبوت النسب)

(ومن قال إن تزوجت فلانة فهى طالق فتزوّجها فولدت ولدا لستة أشهر من يوم تزوّجها فهو ابنه وعليه المهر) أما النسب فلأنها فراشه ، لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله

ومثله فى المحيط ، وفيه : البدوى طلق امرأته فأراد نقلها إلى مكان آخر ، فى الكلإ والماء ، فإن لم تتضرر بتركها فى ذلك الموضع فى نفسها أو مالها ليس له ذلك ، وإن تضررت فله ذلك إذ الضرورات تبيح المحظورات ، والله سبحانه أعلم .

(باب ثبوت النسب)

أعقبه العدة لأنه مما وجبت له العدة تعرف حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وتثبت مواجبه وعدمه فينصرف كل عن الآخر فى الحال : أى فى حال معرفة عدم الحمل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة (قوله ومن قال إن تزوجت فلانة أو امرأة فهى طالق فتزوّج فجاءت بولد لستة أشهر من يوم تزوّجها) لا أقل ولا أكثر (فهو ابنه وعليه المهر) يريد من وقت تزوّجها لأنه قرن اليوم بفعل لايمتد ، وقد نبه المصنف على هذه الإرادة لأنه لما علل ثبوت نسبه بأنها فراشه قال فى إثبات كونها فراشا لأنها لما جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فأفاد أن المراد بلفظ اليوم الوقت ، وهذا لأن الطلاق جزاء الشرط فيتأخر عنه لا بزمان وإن لطف كما قيل لأنه لايتخلل بينهما آن خال بل أول آنات تعقب وجود الشرط يثبت فيه الجزاء من غير افتقار إلى تحقق زمان يسع التلفظ بأنت طالق كما حققناه فى الطلاق لأنه ثبوت حكمى ، وإذن فيكون العلوق مقارنا للنكاح فيثبت

(باب ثبوت النسب)

لما ذكر أنواع المعتدات من ذوات الأقراء والأشهر والأحمال ذكر مايلزم من اعتداد أولات الأحمال وهو ثبوت النسب فى هذا الباب (ومن قال إن تزوّجت فلانة فهى طالق فتزوّجها فولدت لستة أشهر من يوم تزوّجها) أى من وقت تزوجها لأن اليوم قرن بفعل غير ممتد فيكون بمعنى الوقت : يعنى من غير زيادة ولا نقصان(فهو ابنه وعليه المهر ، أما النسب فلأنها فراشه لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق لأن الطلاق مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وإن لطف فيكون العلوق قبله) أى قبل الطلاق

(باب ثبوت النسب)

(قال المصنف : ومن قال إن تزوجت فلانة فهى طالق الخ) أقول : وفى الوقاية من قال لها إن نكحتها فهى طالق فنكحها فولدت لنصف سنة منذ نكحها لزمه نسبه ومهرها اه . وقال العلامة صدر الشريعة فى تعليلها لأنه لايبعد أن الزوج والزوجة وكلا بالنكاح ، فالوكيلان أنكحاها فى ليلة معينة والزوج وطئها فى تلك الليلة ووجد العلوق ، ولايعلم أن النكاح مقدم على العلوق أو مؤخر فلابد من الحمل على المقارنة على أن الزوج إن علم أنه لم يكن على هذه الصفة وأنه لم يطأها فى تلك الليلة فهو قادر على اللعان ، فلما لم ينف الولد باللعان فليس علينا نفيه عن الفراش مع تحقق الإمكان اه . وفيه بحث ، وكيف يقدر واللعان لايتم به ثم من شرائط اللعان قيام الزوجية وهى مطلقة عقيب النكاح (قوله قرن بفعل غير ممتد) أقول : يعنى التزوج (قوله فهو ابنه) أقول : كان الظاهر فهو ولده ، ولعل ذكر الابن على سبيل التفاؤل .

فى حالة النكاح والتصور ثابت بأن تزوّجها وهو يخالطها فوافق الإنزال النكاح والنسب يحتاط فى إثباته، وأما المهر فلأنه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به

النسب ، وتصور العلوق مقارنا للنكاح ثابت بأن تزوّجها وهو يخالطها وطأ وسمع الناس كلامهما فوافق الإنزال النكاح ، والأحسن تجويز أنهما وكلا به فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الإنزال . وحاصله أن الثبوت يتوقف على الفراش وهو يثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهى فراش فيثبت نسبه ، وقد يقال الفراشية أثر النكاح : أعنى العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش . نعم إذا فسر الفراش بالعقد كما عن الكرخى وهو يخالف تفسيرهم السابق له فى فصل المحرمات بكون المرأة بحيث يثبت نسب الولد منها إذا جاءت به ، فإن هذا الكون إنما يثبت بعد العقد ، إلا إن قلنا إن العلة مع المعلول فى الخارج وكلامهم ليس عليه . وتقرير قاضيخان أن العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلا قبل زوال الفراش فيثبت النسب : يعنى أن زوال الفراش بعد الطلاق قبل الدخول لا معه . لأن زواله أثره . لا يقال مقتضاه أن تكون جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح ، إذ لابد من تكون مدة الحمل ستة أشهر . وقد عينوا الثبوت نسبه أن لايكون أكثر من ستة أشهر من النكاح ولا أقل . لأنا نقول : إنما لم يثبتوه فى الأقل لأن العلوق حينئذ من زوج آخر قبل النكاح . وأما فى الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق ، وهو منتف هنا لأنه لم يزد على ما بعد الطلاق بما يسع وطأ بالفرض فيجب استثناء هذا القدر ويجب تقديره كذلك ، ولا يخفى أن نفيهم النسب فيما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر فى مدة يتصور أن يكون منه وهو سنتان ، ولا موجب للصرف عنه ينافى الاحتياط فى إثباته واحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما إذا جاءت به لستة أشهر ويوم فى غاية البعد، فإن العادة المستمرة كون الحمل أكثر منهما ، وربما تمضى دهور لم يسمع فيها ولادة لستة أشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال . فأى احتياط فى إثبات النسب إذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضى نفيه وتركنا ظاهرا يقتضى ثبوته ، وليت شعرى أىّ الاحتمالين أبعد ؟ الاحتمال الذى فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوّجها وهو يطوءها وسمع كلامهما الناس وهما على

(فى حالة النكاح) فإن قيل: هذا نكاح لايتصور فيه الوطء والإعلاق لأنه كما تزوّج وقع الطلاق ، وبدون ذلك لايثبت النسب ؛ ألا ترى أن نسب ولد جاءت به امرأة الصبى لايثبت ، لذلك أجاب بقوله والتصور ثابت بأن يجعل كأنه تزوجها وهو على بطنها يخالطها والناس يسمعون كلامهما فيكون الإنزال قد وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق ، لأن الطلاق لايقع إلا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب . فإن قيل : هذا فى غاية الندرة ، فكيف يبنى عليه الحكم ؟ أجاب بقوله (والنسب يحتاط فى إثباته) يعنى وإن كان نادرا لكن النسب يحتاط فى إثباته فيجب بناؤه على هذا النادر ، هذا إذا جاءت به لستة أشهر من غير زيادة ولا نقصان ، وأما إذا ولدت لأقل منها فلا يثبت النسب لأن علوقه كان ثابتا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه ، وكذلك إن ولدت لأكثر منها لأنه حين طلقت حكمنا بأنه لاعدة لها لأنها مطلقة قبل الدخول والخلوة ، ولم يتيقن بطلان هذا الحكم لاحتمال أنه علق من زوج آخر بعد الطلاق ، بخلاف ما إذا

(قوله وبدون ذلك لايثبت النسب) أقول: أشار بقوله ذلك إلى الوطء (قوله وأما إذا ولدت لأقل منها فلا يثبت النسب إلى قوله : ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم الخ) أقول : وأنت خبير بأن تعيين وقت الطلاق وتميزه من وقت النكاح سيما بعد شهور وليس بينهما تخلل زمان ما

. . . .

تلك الحالة ثم وافق الإنزال العقد ، أو احتمال كون الحمل إذا زاد على ستة أشهر بيوم يكون من غيره ، ولاستبعاد هذا الفرض قال بعض المشايخ لايحتاج إلى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ، ولا يعتبر إمكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما فى تزوّج المشرق بمغربية . والحق أن التصور شرط ، ولذا لو جاءت امرأة الصبيّ بولد لايثبت نسبه ، والتصوّر ثابت فى المغربية لثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جنيا ، وأما لزوم المهر كاملا فلأنه لثبوت النسب منه جعل واطئا حكما فعليه المهر . وما قيل لايلزم من ثبوت النسب منه وطؤه لأن الحبل قد يكون بإدخال الماء الفرج دون جماع فنادر ، والوجه الظاهر هو المعتاد . وفى النهاية وفى القياس وهو رواية أبى يوسف مهر ونصف ، أما النصف فللطلاق قبل الدخول ، وأما المهر فللدخول انتهى . وعبارة أبى يوسف فى الأمالى على مانقله الفقيه أبو الليث : ينبغى فى القياس أن يجب على الزوج مهر ونصف لأنه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول ، قال : إلا أن أبا حنيفة استحسن وقال : لايجب إلا مهر واحد لأنا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتأكد ذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة انتهى. وهذه العبارة للمتأمل لاتوجب قوله بلزوم مهر ونصف ، بل ظاهرة فى نفيه ذلك لأن الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك . وإنما اشتبه وجوب الزيادة لأنها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول ، ولا يحكم بذلك وإلا لم يثبت النسب لأن الوطء حينئذ فى غير عصمة ولا عدة ، بل يحكم بأنه مقارن له أو للنكاح ، فأقل الأمر كونه قبله أو لامشتبه ذلك وضمير به فى قوله فتأكد المهر به لثبوت النسب . واعلم أنه إذا كان الأصح فى ثبوت هذا النسب إمكان الدخول وتصوّره ليس إلا بما ذكر من تزوّجها حال وطئها المبتدأ به قبل التزوّج وقد حكم فيه بمهر واحد فى صريح الرواية يلزم كون ماذكر مطلقا ومنسوبا وقدمناه فى باب المهر من أنه لو تزوّجها فى حال مايطؤها عليه مهران : مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزوّج قبل تمامه ، ومهر بالنكاح لأن هذا أكثر من الخلوة ولا يصير به محصنا مشكلا لمخالفته لصريح المذهب ، وأيضا الفعل واحد ، وقد اتصف بشبهة الحل فيجب مهر واحد به ، بخلاف مالو قال : إن تزوّجتها فهى طالق ونسى فتزوّجها ووطئها حيث يجب مهر ونصف لأن الطلاق قبل الوطء ، أما هنا الطلاق مع الوطء الحلال فى فعل متحد فصار الفعل كله له شبهة الحل وقد وجب المهر فلا يجب غيره . وفى شرح أبى اليسر قال : إن تزوّجتها فهى طالق ثلاثا فتزوّجها ودخل بها ينبغى أن لايجب عليهما الحدّ ويجب مهر المثل ، وقالوا : يجب عليهما ، قال : قد كنت أفتيت بالوجوب على الحالف وهو الظاهر

جاءت به لستة أشهر من وقت التزوّج فقد جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد فى البطن وقت الطلاق ، فبعد ذلك إما أن يكون منه أو من غيره ، فجعلنا العلوق منه احتياطا لأمر النسب ، إذ لو جعلناه من علوق قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه إضاعة الولد وإبطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر وإحالة الولد إلى أبعد الأوقات وذلك لايجوز فجعلناه منه ، وأما المهر فلما ذكره فى الكتاب وهو واضح ، وفى رواية عن أبى يوسف وهو القياس يلزمه مهر ونصف مهر ، أما النصف فللطلاق

يتعسر على حذاق المؤقتين بل يتعذر فليتدبر (قوله والطلاق الواقع من حيث الظاهر الخ) أقول : فإنه كان مبنيا على النكاح ، فإذا بطل بطل

(ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر مالم تقرّ بانقضاء عدتّها) لاحتمال العلوق فى حالة العدة لجواز أنها تكون ممتدة الطهر (وإن جاءت به لأقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة) وثبت نسبه لوجود العلوق فى النكاح أو فى العدة فلا يصير مراجعا لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك (وإن جاءت به لأكثر من سنتين كانت رجعة) لأن العلوق بعد الطلاق ، والظاهر أنه

من مذهب أصحابنا ومن مال إليه لم يكن مخطئا . ولو جاءت بولد وورثه منصوص عن أصحابنا وإن حرمت عليه بالثلاث فلم يبق بنكاح ولا عدة ، ولكن لما كان فصلا مجتهدا فيه لم ينقطع النسب (قوله ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر) ولو عشرين سنة أو أكثر (مالم تقرّ بانقضاء عدتّها) فإن أقرت بانقضائها والمدة تحتمله بأن تكون ستين يوما على قول أبى حنيفة وتسعة وثلاثين يوما على قولهما ثم جاءت بولد لايثبت نسبه إلا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فإنه يثبت نسبه للتيقن بقيام الحمل وقت الإقرار فيظهر كذبها ، وكذا هذا فى المطلقة البائنة والمتوفى عنها زوجها إذا ادّعت بعد أربعة أشهر وعشر انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر لايثبت نسبه من الميت وإن جاءت به لأقل منها ثبت نسبه منه . أما ثبوت نسب ولد الرجعية إذا جاءت به لأقل من سنتين فظاهر ، وأما ثبوته إذا جاءت به لأكثر منهما فلاحتمال العلوق فى عدة الرجعى لانتفاء الحكم بزناها أو بوطئها بشبهة لجواز كونها ممتدة الطهر بأن امتد إلى ماقبل سنتين من مجيئها به أو أقل ثم وطئها فحبلت ، وعن هذا حكمنا بأنها إذا جاءت به لأكثر من سنتين تكون زوجة بالرجعة الكائنة بالوطء فى العدة للمطلقة الرجعية ، بخلاف ما إذا جاءت به لأقل من سنتين لاتثبت رجعتها ، فإن العلوق يحتمل أنه كان فى العصمة كما يحتمل أنه كان فى العدة وإحالة الحادث إلى أقرب الأوقات إذا لم يعارضه ظاهر آخر ، والظاهر الوطء فى العصمة لا العدة لأنه هو المعتاد ، وما قضت به العادة أرجح من إضافة الحادث إلى الزمن القريب مع مافيه من مخالفة السنة فى الرجعة ومخالفة العادة أيضا فيها ، إذ معتاد الناس فى الرجعة أن يراجعوا باللفظ . فإن قيل : هنا احتمال آخر وهو كونها

قبل الدخول وأما المهر فبالدخول . وقوله (ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية) ظاهر . وقوله (ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك) قيل عليه ينبغى أن يصير مراجعا لأن الوطء ههنا حلال فأحيل العلوق إلى أقرب الأوقات وهى حالة العدة فتثبت به المرجعة . وأجيب بأن فى ذلك حمل أمره على خلاف السنة لأنه يصير مراجعا لها بدون الإشهاد بالفعل ، وأحيل العلوق إلى ماقبل الطلاق صيانة لحاله ، وفيه نظر لأنه لايصح حينئذ قوله فلا يصير مراجعا بالشك ، وإنما يجب أن يقول لايصير مراجعا لدلالة الدليل على كون الوطء قبل الطلاق . وقوله (لأن العلوق بعد الطلاق) إذ الولد لايبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ، والظاهر أنه منه وإلا لزم الزنا ، وهو منتف حملا لحالها على الصلاح . قيل لايلزم أنه لو لم يكن منه كان من الزنا لجواز أنها تزوّجت بعد انقضاء العدة زوجا آخر . لايقال : الفرض فيما إذا لم تتزوّج . لأنا نقول : الفرض أنه لم يطأها فى العدة ، إذ لو وطئها لثبتت الرجعة من غير تقدير هذا التكلف . وأجيب بأنه نعم كذلك إلا أن الحكم بإبقاء نكاح الأول عند الاحتمال أسهل من الحكم

(قوله وفيه نظر لأنه لايصح الخ) أقول : الظاهر أن حاصل كلام المجيب دفع التعارض بين مقتضى الإحالة إلى أقرب الأوقات وأبعدها فأورث التردد والشك ، فإن الإشهاد فى المراجعة مستحب لئلا يقع التناكر ، وليس من السنن التى يستحق تاركها حرمان الشفاعة فلا يتعين به الإحالة إلى الأبعد فليتأمل (قوله لأنا نقول : الفرض أنه لم يطأها فى العدة ، إذ لو وطئها لثبتت الرجعة الخ) أقول : الازدواج لايكون إلا بشهود فيكون أمره معلوما مشهورا ، بخلاف الوطء لأنه لايخفى وييسر فلا يعلم إلا بدليله فليتأمل .

منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا (والمبتوته يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين) لأنه يحتمل أن يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا ،فإن جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) لأن الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لأن وطأها حرام . قال (إلا أن يدعيه)

تزوجت وجاءت به من الزوج الآخر . قلنا : الفرض أنها لم تكن أقرت بانقضاء العدة ، وما لم تقر بذلك وما لم يظهر تزوجها فالظاهر أنها فى العدة ولأن فيه إنشاء نكاح وإبقاء الأول أسهل وأخف (قوله والمبتوتة يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين) لأنه يجوز كون الحمل كان قبل الطلاق فيثبت النسب (وإن جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) نسبه لتيقن العلوق بعد البينونة ووطؤه بعد البينونة حرام .قيل إن هذه الرواية مخالفة لرواية الإيضاح وشرح الطحاوى والأقطع ، والرواية التى تجىء بعد هذا فى الكتاب أيضا وهى قوله وأكثر مدة الحمل سنتان فإن فيها ألحقت السنتان بأقل من السنتين حتى إنهم أثبتوا النسب إذا جاءت به لتمام سنتين ، وإن لفظ الحديث يؤيد صحة تلك الروايات ، فأما قوله إن لفظ الحديث إلى آخره فليس بصحيح لأن حاصله أنه لا يمكث الولد فى البطن أكثر من سنتين ، وهذا لا يقتضى أنها إذا جاءت به لتمام سنتين من الطلاق أن يثبت نسبه إلا إذا كان العلوق حال قيام الفراش . والوجه أن يحمل على تقرير قاضيخان المتقدم من أنه يجعل العلوق فى حال الطلاق لأنه حينئذ قبل زوال الفراش (قوله إلا أن يدعيه) استثناء من قوله لم يثبت نسبه وهو مفرغ للمتعلق : أى لم يثبت فى حال من الأحوال إلا فى الحال التى هى دعواه لأنه التزمه ، وله وجه وهو كونه وطئها بشبهة فى العدة ، وهل يشترط تصديق المرأة فيه روايتان . والأوجه أنه لا يشترط لأنه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض ، ولهذا لم يذكر الاشتراط فى رواية الإمام السرخسى فى المبسوط والبيهقى فى الشامل ، وذلك ظاهر فى ضعفها وغرابتها . واعترض بأن هذه مناقضة لما فى كتاب الحدود من أن النسب لا يثبت من المبانة بالوطء فى العدة ، ونص فى التبيين أن المبتوتة بالثلاث إذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة الفعل ، وفيها لا يثبت النسب وإن ادعاه نص عليه فى كتاب الحدود . وأجيب بحمل المذكور هناك على المطلقة ثلاثا والمطلقة على مال ، وبحمل المذكور هنا على المبتوتة بالكنايات فيندفع التناقض ، وليس بشىء لأن المراد من المذكور هناك إذا لم يدع شبهة ، والمذكور هنا محمول على

بإنشاء نكاح آخر فيجب القول به . قال فى النهاية : وإلى هذا أشار فخر الإسلام فى مبسوطه ، وفيه نظر لأنه غير دافع بل هو التزام للسؤال . والصواب فى الجواب أن المراد بقوله لانتفاء الزنا منها لازمه وهو تضييع الولد ، فإن الزنا ملزوم تضييع الولد فيكون ذكر الملزوم وإرادة اللازم وهو مجاز وحينئذ يندفع السؤال ، لأنا إذا جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول بقى الولد ضائعا فكأنه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا أو بما هو فى معناه . قال (والمبتوتة يثبت نسب ولدها منه) إذا ولدت المبتوتة لأقل من سنتين يثبت نسب ولدها منه لاحتمال أن يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا ، وإن ولدت لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لأن الحمل حادث بعد الطلاق وإلا لزاد أكثر مدة الحمل على سنتين وهو باطل (فلا يكون منه لأن وطأها حرام) وقوله (إلا أن يدعيه) استثناء من قوله لم يثبت : يعنى أنه إن ادعاه يثبت النسب منه

(قوله وفيه نظر إلى قوله بل هو التزام للسؤال) أقول : لأن تمام الدليل احتاج إلى مقدمة أجنبية (قال المصنف : لأن وطأها حرام) أقول : والظاهر من حال المسلم أن لا يرتكب الحرام .

لأنه التزمه . وله وجه بأن وطئها بشبهة فى العدة (فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتى به لأقل من تسعة أشهر عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله .

كونه وطأ بشبهة ، والمعتدة عن ثلاث لاتكون أبعد من الأجنبية بالكلية ، والنسب يثبت بوطئها بشبهة فكيف بالمعتدة فيجب الجمع مثلا بأن يقال : ينبغى أن يصرح بدعوى الشبهة المقبولة غير مجرد شبهة الفعل ، لأن المذكور فى الحدود عدم ثبوت النسب إذا وطئ المطلقة ثلاثا والبائنة بالطلاق على مال ، فجعل هذا حكم وطء المطلقة ثلاثا إذا جاءت به مطلقا فيثبت عنده فيجب أن لاينتقل عنه إلا إذا ادعى الشبهة التى هى غير مجرد ظن الحل ، والمذكور فى الكتاب لم يشترط ذلك بل أفاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه ، غير أن توجيه ذلك إمكان صحته بكون الوطء بشبهة والوجه أنه لايشترط غير دعواه لأنه لم يشترط فى الكتاب سواه ، ثم يحمل على ثبوت الشبهة التى هى غير مجرد ظن الحل ، ثم إذا لم يثبت نسبه فيما إذا جاءت به لأكثر من سنتين يحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة أشهر عند أبى حنيفة ومحمد ،وهو رواية بشر عن أبى يوسف فيجب أن ترد نفقته بستة أشهر . وقال أبو يوسف : لاتنقضى إلا بوضع الحمل وقد ذكرناه ، ولا يلزمها رد شىء . لهما أن الولد من غيره ، والظاهر أنه من نكاح صحيح دون الزنا والوطء بشبهة ، وأقل مدة الحمل ستة أشهر فحكمنا بانقضاء العدة من ذلك الوقت وحينئذ أخذت مالا تستحقه لأنها منقضية العدة فترده . وأبو يوسف يقول هى فى العدة ولذا لاتتزوج بغيره قبل وضعه فكأنها وطئت بشبهة . ولو جاءت المبتوتة بولدين أحدهما لأقل من سنتين والآخر لأكثر من سنتين ثبت نسبهما عند أبى حنيفة وأبى يوسف اعتبراه بمن باع جارية فجاءت بولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لأكثر فادعاهما البائع يثبت نسبهما وينقض البيع . وعند محمد لايثبت لأن الثانى من علوق حادث بعد الإبانة فيتبعه الأول لأنهما توءمان . قيل هو الصواب . وليس ولد الجارية نظيره لأن الولد الثانى يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه ، بخلاف الولد الثانى فى المبتوتة . ولو خرج بعضه لأقل من سنتين وباقيه لأكثر من السنتين لايلزمه حتى يكون الخارج لأقل من سنتين نصف بدنه ، أو يخرج من قبل الرجلين أكثر البدن لأقل والباقى لأكثر ، ذكره محمد . وفى شرح التكملة : تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها واحدة يلزمه ولدها إن جاءت به لأقل من ستة أشهر ، ولا يلزمه إن جاءت به لستة أشهر فصاعدا لأنه ولد النكاح فى الأول ، وفى الثانى يضاف إلى ملك اليمين لأن وطأها حلال ولا يلزمه إلا بالدعوة ، ، ولا فرق بين أن تكون الطلقة بائنة أو رجعية ، وإن طلقها ثنتين ثبت نسبه إلى سنتين لأن وطأها لايحل بملك اليمين فكان الولد من النكاح ، ولا يخفى أن معنى المسئلة طلقها ثم ملكها وأن لايتصور وطؤها بملك اليمين . واعلم أن ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد بأحد أمور : أن يكون هناك إما شهادة بالولادة ، أو اعتراف من الزوج بالحبل ، أو حبل ظاهر كما سيجىء عن قريب (قوله فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها الخ) قيل هو مستدرك لأن الحبل دليل أنه يجامع مثلها ومنعه ليس بشىء ، لأنه إن كان باعتبار

وإن جاءت به لأكثر من سنتين ، ثم هل يحتاج فيه إلى تصديق المرأة فيه روايتان . وقوله (لأنه التزمه) أى التزم النسب عند دعواه (وله وجه شرعى بأن وطئها بشبهة فى العدة) والنسب يحتاط فى إثباته فيثبت (فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتى به لأقل من تسعة أشهر عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله .

(قال المصنف : فإن كانت المبتوتة صغيرة) أقول : وفى البت لأقل منهما وإلا لا لحدوثه إلا بادعائه حملا على وطئه فى العدة إلا فى المطلقة

وقال أبو يوسف : يثبت النسب منه إلى سنتين) لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة . ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الأشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو فى الدلالة فوق إقرارها لأنه لايحتمل الخلاف ، والإقرار يحتمله وإن كانت

أن الحبل يكون بلا جماع فلا شك أنه لايكون إلا بالبلوغ ، وبعيد أن لاتحتمل البالغة الجماع . وحاصل المسئلة أن الصغيرة إذا طلقت فإما قبل الدخول أو بعده ، فإن كان قبله فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق ، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لايثبت لأن الفرض أن لاعدة عليها وما جاءت به لايستلزم كونه قبل الطلاق لتلزم العدة بناء على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق . وإن طلقها بعد الدخول ، فأما إن أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر أو لم تقر ، فإن أقرت ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت نسبه ، وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة بإقرارها ، وما جاءت به لايلزم كونه قبلها ليتيقن بكذبها ، وإن لم تقر بانقضائها ولم تدع حبلا فعند أبى حنيفة ومحمد إن جاءت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه وإلا فلا ، وعند أبى يوسف يثبت إلى سنتين فى الطلاق البائن ، وإلى سبعة وعشرين شهرا فى الرجعى لاحتمال أنه وطئها فى آخر عدتها الثلاثة الأشهر فعلقت سنتين ؛ وإن كانت ادعت حبلا فهى كالكبيرة من حيث أنها لايقتصر انقضاء عدتها على أقل من تسعة أشهر لامطلقا ، فإن الكبيرة يثبت نسب ولدها فى الطلاق الرجعى لأكثر من سنتين وإن طال إلى سن الإياس لجواز امتداد طهرها ووطئه إياها فى آخر الطهر : وجه قول أبى يوسف أنها يحتمل كونها حاملا لفرض أنها فى سن يجوز فيه بلوغها لأنه فرض المسئلة ولم تقر بانقضاء

وقال أبو يوسف رضى الله تعالى عنه : يثبت منه النسب إلى سنتين لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة) وبيان الاحتمال ماقيل إن الكلام فى المراهقة المدخول بها وهى تحتمل الحبل ساعة فساعة فيحتمل أن تكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل ، ويحتمل أنها حملت بعد انقضاء العدة بثلاثة أشهر ، وإذا كان كذلك كانت كالبالغة إذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها إلى سنتين ، وإنما قال ولم تقر بانقضاء العدة لأنها إذا أقرت بانقضاء العدة بثلاثة أشهر ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب لظهور بطلان إقرارها فصارت كأنها لم تقر بانقضائها فيثبت النسب (ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة وهى الأشهر) لأنا عرفناها صغيرة بيقين ، وما عرف كذلك لايحكم بزواله بالاحتمال) فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء أقرت به أو لم تقر (وهو) أى حكم الشرع فى الدلالة فوق إقرارها لأنه لايحتمل الخلاف والإقرار يحتمله ، فلو أقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لستة أشهر لم يثبت النسب ، فكذا إذا حكم الشرع بالمضى . واعترض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فإن لانقضاء عدتها جهة متعينة ، وهى مضى أربعة أشهر وعشر مالم يكن الحبل ظاهرا ، ثم هناك يثبت النسب إلى سنتين عند علمائنا الثلاثة ، ولا يحكم بالانقضاء بالأشهر هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع فما بال ما نحن فيه لم يكن كذلك . والجواب سيأتى عند قوله إلا أنا نقول : لانقضاء عدتها جهة أخرى (وإن كانت)

ثلاثا والمختلعة إذ لاشبهة فى الحل ، كذا فى لطائف الإشارات لابن قاضى سماوة تأمل فى هذه العبارة فإنها غير ما ذكره المصنف (قوله وإنما قال ولم تقر بانقضاء العدة لأنها إذا أقرت الخ) أقول : فيه شىء ، بل الظاهر أن يقول إنما قال ولم تقر لأنها لو أقرت بانقضاء العدة بالأشهر ثم جاءت بولد لتسعة أشهر من وقت الطلاق لم يلزمه بالاتفاق (قال المصنف : ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة) أقول : بخلاف الكبيرة فإن لانقضاء عدتها جهة أخرى كما سيجىء .

مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما ، وعنده يثبت إلى سبعة وعشرين شهرا لأنه يجعل واطئا فى آخر العدة وهى الثلاثة الأشهر ثم تأتى لأكثر مدة الحمل وهو سنتان ؛ وإن كانت الصغيرة ادّعت الحبل فى العدة فالجواب فيها وفى الكبيرة سواء ، لأن بإقرارها يحكم ببلوغها (ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها مابين الوفاة وبين السنتين) وقال زفر : إذا جاءت به بعد انقضاء عدّة الوفاة لستة أشهر لايثبت النسب لأن الشرع حكم بانقضاء عدّتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما إذا أقرّت بالانقضاء كما بينا فى الصغيرة إلا أنا نقول لانقضاء عدّتها جهة أخرى وهو وضع الحمل ، بخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها عدم الحمل ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك (وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدّتها ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه) لأنه ظهر كذبها بيقين فبطل الإقرار (وإن جاءت به لستة أشهر لم يثبت) لأنا لم نعلم ببطلان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده ،

عدّتها فأشبهت الكبيرة فى احتمال حدوث العلوق ساعة فساعة فيثبت نسب ما تأتى به إلى سنتين . واعلم أن قياس ماقدمه فى الكبيرة المبتوتة من أنها إذا جاءت به لتمام سنتين لايثبت أن يقول إلى أقل من سنتين هنا . وجه قولهما وهو الفرق أن لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة فى الشرع فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو فى الدلالة فوق إقرارها بالانقضاء لأنه لايحتمل الخلف وعدم المطابقة ، بخلاف إقرارها ، فغاية الأمر أن يجعل انقضاؤها بمنزلة إقرارها ، ولو أقرت بالانقضاء بعد الأشهر الثلاثة ثم جاءت به لأكثر من ستة أشهر أو لستة أشهر لايثبت فكذلك هنا ، فلزم أن لايثبت حتى تأتى به لأقل من تسعة أشهر ، أما إذا كانت الصغيرة ادعت الحبل فى العدة فالجواب فيها كالكبيرة لأن بإقرارها بالحبل حكم ببلوغها (قوله وثبت نسب ولد المتوفى عنها مابين وفاة زوجها وبين سنتين وقال زفر : إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه) ولستة أشهر لايثبت فوجهه كوجههما فى الصغيرة وهو أن لعدتها جهة واحدة هى انقضاء أربعة أشهر وعشر ، فإذا لم تقرّ قبلها بالحبل فقد حكم الشرع بانقضائها بها ، فإذا جاءت بالولد بعدها لتمام ستة أشهر أو أكثر لايثبت نسبه ، بخلاف ما إذا جاءت به لأقل على ماعرف ويمنع تعين الجهة الواحدة فى حقها بل لها كل من الجهتين ، بخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها عدم الحبل فلتستمر مالم تعترف بالحبل (قوله وإذا اعترفت) ظاهر وتقدمت غير مرة ، وإنما لم يثبت إذا أتت به لأكثر من

الصغيرة (مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما) أى عند أبى حنيفة ومحمد : يعنى إن ولدت لأقل من تسعة أشهر ثبت النسب وإلا فلا (وعند أبى يوسف يثبت النسب إلى سبعة وعشرين شهرا لأنه يجعل واطئا فى آخر العدة وهى : ثلاثة أشهر ثم تأتى به لأكثر مدة الحمل وهو سنتان ، وإن كانت الصغيرة ادّعت الحبل فى العدة فالجواب فيها فى الكبيرة سواء) لأنها أعرف بأمر عدّتها فيحكم بإقرارها ببلوغها فيثبت نسب ولدها لأقل من سنتين فى الطلاق البائن ولأقل من سبعة وعشرين شهرا فى الرجعى . وقوله (ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها) ظاهر . وقوله (إلا أنا نقول لانقضاء عدّتها جهة أخرى) حاصله أن فى كل من الحامل والصغيرة أمضينا الحكم على الأصل ، ولكن الأصل فى الموضعين قد اختلف فلذلك اختلف الحكم الذى بنى عليه أيضا ، وذلك لأن الأصل فى الكبيرة الإحبال فلم يعتبر فى حقها تعين جهة العدة بالأشهر ، والأصل فى الصغيرة عدم الإحبال فلذلك اعتبرنا فى حقها تعين جهة العدة بالأشهر . لايقال : الأصل فى الكبيرة أيضا عدم الإحبال . لأنا نقول : ذلك فى حق غير المنكوحة ، فأما النكاح فلا يعقد إلا بالإحبال. وقوله (وفيه) أى فى البلوغ (شك) والصغر كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك (وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدّتها ثم جاءت بولد) ظاهر .

وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول كل معتدة (وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة . وقال أبو يوسف ومحمد : يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة) لأن الفراش قائم بقيام العدة

ستة أشهر من وقت الإقرار ، وإن كانت المدة تحتمل كون الحمل من الزوج لأنهن أمينات شرعا في إخبارهن عن عدتهن ، فإذا أخبرن لزم إلى أن يتحقق الخلاف قطعا . وقوله وهذا اللفظ يتناول بإطلاقه كل معتدة لعدم التفصيل في المعتدة عن طلاق ووفاة ، ومما يشمل أيضا الآيسة اذا ولدت بعد الرجعي أو البائن فهي كذوات الأقراء يثبت نسب ما تأتي به إلى أقل من سنتين في البائن وأكثر منها في الرجعي مالم تقر بانقضاء العدة ، فإن أقرت بانقضائها مفسرا بثلاثة أشهر أو مطلقا في مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت النسب وإلا فلا ، لأن مطلق إقرارها يحمل على الأقراء لما بطل اليأس . هذا والمنصوص عليه في فتاوى قاضيخان أن الآيسة تعتد بالأشهر ، وإذا ولدت يثبت نسب ولدها في الطلاق إلى سنتين سواء أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر ، وكذا نقل عن المرغيناني (قوله وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان) أو يعلم اعتراف من الزوج بالولادة أو يكون الحبل ظاهرا فيثبت النسب بلا شهادة ، وإطلاق المصنف يشمل المعتدة عن وفاة وعن طلاق بائن أو رجعي فيوافق تصريح قاضيخان وفخر الإسلام بجريان الخلاف في الرجعي ، وشمس الأئمة قيد صورة المسئلة بأن يكون الطلاق بائنا فقال : لو أن رجلا طلق امرأته ثلاثا أو تطليقا بائنا ثم جاءت بولد بعد الطلاق لسنتين أو أقل وشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل لم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة مالم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان ، ونحوه فعل صاحب المختلف حيث قال : شهادة القابلة على الولادة لاتقبل إلا بمؤيد إلى قوله حتى أن المعتدة عن وفاة إذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن إذا كذبها الزوج إلى آخر ما ذكره . واتفقوا على قيد إنكار الزوج ، وكذا لو وقع إنكار الولادة والحبل من الورثة ، فعندهما يثبت بشهادة امرأة حرة عدلة ويرث بذلك ، ويشترط لفظة الشهادة على قولهما عند مشايخ خراسان لأنها موجبة حقا على الغير ولا يشترط عند العراقيين قياسا على العدد . وقوله في جميع ذلك : أي فيما إذا كان حبل ظاهر أولا أو اعتراف من الزوج أولا وهل يقبل شهادة رجل واحد عندهما ؟ قيل نعم ، ولا

وقوله (وهذا اللفظ) إشارة إلى قوله فإذا اعترفت المعتدة (بإطلاقه) حيث لم يقيد بمعتدة دون أخرى (يتناول كل معتدة) يعني كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن بالأشهر أو بالحيض . قيل ذكر المرغيناني وقاضيخان أن الآيسة لو أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين ثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتدة إلا أن يؤول كل معتدة غير الآيسة ، وهذا مخالف لما نقل عن الإمام فخر الإسلام وغيره في شروح الجامع الصغير أن الآيسة إذا أقرت بانقضاء العدة مفسرة بثلاثة أشهر أو مطلقا في مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب وإلا فلا . قال (وإذا ولدت المعتدة ولدا) إذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي ولدا وقد أنكره الزوج لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة مالم يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة ، وقالا : يثبت في جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش وهو تعين المرأة لماء الزوج بحيث يثبت منه نسب كل ولد تلده قائم بقيام العدة

(قوله وإذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي ولدا وقد أنكره الزوج لم يثبت نسبه الخ) أقول : وكذا معتدة الوفاة . ثم إن إنكار الورثة كإنكار الزوج .

وهو ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد أنه منها فيعتين بشهادتها كما فى حال قيام النكاح . ولأبى حنيفة أن العدة تنقضى بإقرارها بوضع الحمل ، والمنقضى ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة ، بخلاف ما إذا كان ظهر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعين يثبت بشهادتها (فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة فى الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه فى قولهم جميعا) وهذا فى حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم ، أما فى حق النسب هل يثبت فى حق غيرهم . قالوا : إذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة ، وقيل لاتشترط لأن الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم بإقرارهم ، وما ثبت تبعا لايراعى فيه الشرائط

يفسق كما لو شهد رجلان أو رجل وامرأتان . وفى جامع قاضيخان : وعلى هذا الخلاف كل مالم يطلع عليه الرجال وأجمع علماؤنا على أنه يقضى بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح ، وحقيقة الحال أنه يثبت تعيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفراش . وإذا تقرر أن النكاح بعد الرجعى قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبائن كما نقله شمس الأئمة . ويكون الرجعى كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه ، والخلاف إنما هو بعد الموت وبالطلاق البائن وبقولهما قال أحمد . وعند الشافعى يشترط أربع نسوة عدول . وعند مالك وابن أبى ليلى امرأتان . وجه قولهما أن الفراش قائم بقيام العدة (وهو) أى الفراش (ملزم للنسب) فيما تأتى به كما قبل الطلاق (والحاجة

(وهو) أى قيام الفراش (ملزم للنسب) فلا حاجة إلى إثباته (و) إنما (الحاجة إلى تعيين الولد) وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كما فى حال قيام النكاح أو بظهور الحبل أو إقرار الزوج . ولأبى حنيفة القول بالموجب : يعنى سلمنا أن الفراش يكون قائما بقيام العدة ولكن العدة ههنا ليست بقائمة (لأنها تنقضى بإقرارها بوضع الحمل والمنقضى لايصلح حجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء بالقضاء فيشترط كمال الحجة ، بخلاف ما إذا كان النكاح قائما أو الحبل ظاهرا أو الاعتراف به من الزوج صادرا لأن النسب إذ ذاك ثابت قبل الولادة) فلا يحتاج إلى إثباته ، وإنما الحاجة إلى التعيين ، وذلك (يثبت بشهادتها) قيل لايحل نظر الرجل إلى العورة فما وجه اشتراط شهادة الرجال ؟ وأجيب بأن النظر لايلزم ، بل إذا دخلت بيتا بين الشهود وهم يعلمون أن ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد كفى لجواز أداء الشهادة ، وإذا ولدت المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا فصدقها أى أقر به جميع الورثة أو جماعة منهم يقطع الحكم بشهادتهم كرجلين أورجل وامرأتين منهم (فهو ابنه فى قولهم جميعا) وهذا فى حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم (أما فى حق النسب) بالنسبة إلى غيرهم (فهل يثبت أو لا ؟ قالوا : إذا كانوا من أهل الشهادة) كما ذكرنا وهم عدول (يثبت لقيام الحجة) ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة ، وقيل لايشترط لأن الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم لإقرارهم . وما يثبت تبعا لايراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندى مع السلطان فى حق الإقامة

(قوله لأن النسب إذ ذاك ثابت) أقول : هذا قاصر ، والأولى أن يضم إلى هذا قولنا أو الفراش قائم ليعم صورة قيام النكاح (قوله أى أقر به جميع الورثة ، أو جماعة منهم يقطع الحكم الخ) أقول : الظاهر أن لايقيد الورثة هنا بهذا القيد ، فإنه إذا كان المصدق رجلا واحدا أو امرأة واحدة ثبت نسبه فى حق الإرث وموضع التقييد يجىء فى كلام المصنف (قال المصنف : فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة) أقول : أى أقربها ويشهد لذلك قول المصنف بإقرارهم (قال المصنف : فهو ابنه الخ) أقول : الظاهر أنه ولده .

(وإذا تزوّج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوّجها لم يثبت نسبه) لأن العلوق سابق على

إلى) شهادة المرأة (لتعيين الولد) فيتعين بشهادتها على الولادة كما قبل الطلاق اقتصر المصنف على هذا القدر فيثبت النسب والجامع قيام الفراش (وله أن العدة تنقضى بإقرارها بوضع الحمل) فصارت أجنبية ، والفراش المنقضى ليس بحجة ليصلح مؤيدا للحجة الضعيفة : أعنى شهادة المرأة الواحدة فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات النسب ابتداء، وذلك بكمال النصاب على ولادتها المتصلة بفراشيتها المستلزمة لثبوت النسب لكونها فى وقت يلزم منه ثبوت النسب شرعا ، بخلاف ما إذا كان الحبل ظاهرا قبل دعواها أو صدر الاعتراف به من الزوج أو كان الفراش قائما وقت دعواها الولادة ، لأن النسب ثابت قبل الولادة لما فى البطن ، وقيام الحمل ظاهرا أو اعترافا ، وكذا قيام الفراش يؤيد شهادة القابلة به ، وقولهما لايطلع عليه الرجال ممنوع بل يطلع عليه فيما إذا دخلت المرأة بحضرتهم بيتا يعلمون أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون أنها ولدته ، وفيما إذا لم يتعمدوا النظر بل وقع اتفاقا ، وبهذا يندفع ما قد أورد من أن شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل . والحاصل أن حقيقة محل الخلاف أن شهادة المرأة الواحدة فيما لايطلع عليه الرجال عادة كالولادة وغيرها هل تكفى للإثبات أو لابد أن تتأيد بمؤيد فالوجه أن يجعل الاستدلال عليه . ولهما فيه قوله صلى الله عليه وسلم « شهادة النساء جائزة فيما لايستطيع الرجال النظر إليه » فإنه يتناول الواحدة لأنه جنس . وأما الوجه الذى ذكراه فتمامه بإلغاء الفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفراش وهو يدفعه بأنه لايلزم من جوازها مع مؤيد جوازها بدونه ويبقى عليه إطلاق الحديث ، والمعروف منه ما رواه ابن أبى شيبة عن الزهرى مرسلا : مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لايطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن . وتجوز شهادة القابلة وحدها فى الاستهلال وامرأتان فيما سوى ذلك ، وهذا حجة لأنه مرسل . وإنما قلنا إنه مرسل لأن قول الراوى مضت السنة إنما يكون حكمه الرفع إذا كان صحابيا وهو هنا ليس صحابيا ، وحديث الدارقطنى عن محمد بن عبد الملك الواسطى عن الأعمش عن أبى وائل عن حذيفة أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة ، وإن كان بين ابن عبد الملك والأعمش رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمن المداينى فقد تظافرا وقوى ماهو حجة به ، ولو كانت معتدة عن وفاة فادعت الولادة فصدقها الورثة عليها ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت فى قولهم جميعا ، وهذا فى حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه ، أما فى حق ثبوت النسب من الميت ليظهر فى حق الناس كافة. قالوا : إذا كانوا أى الورثة من أهل الشهادة بأن يكونوا ذكورا أو ذكورا مع إناث وهم عدول ثبت لقيام الحجة فيشارك المقرّين منهم والمنكرين ويطالب غريم الميت بدينه ، وعن هذا قيل يشترط لفظة الشهادة : أى فى مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة . وقيل لايشترط هو الصحيح ، لأن الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم ، ولا يراعى للتبع شرائطه إذا ثبت أصالة ، وعلى هذا فلو لم يكونوا من أهل الشهادة لايثبت النسب إلا فى حق المقرّين منهم ، والله أعلم (قوله وإذا تزوّج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوّجها لم يثبت نسبه) لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر فلزم كونه من علوق قبل النكاح ، وإن جاءت به لأكثر منها ثبت ، ولا إشكال سواء اعترف به الزوج أو سكت ، وكذا إذا جاءت به لتمام الستة بلا

(قوله وذا تزوّج الرجل امرأة) ظاهر

قال المصنف (وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها) أقول : لفظ يوم مستغنى عنه .

النكاح فلا يكون منه (وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت) لأن الفراش قائم والمدة تامة (فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن) لأن النسب يثبت بالفراش القائم ، واللعان إنما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فإنه يصح بدونه (فإن ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة وقالت هى منذ ستة أشهر فالقول قولها وهو ابنه) لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح

زيادة لاحتمال أنه تزوّجها واطئا لها فوافق الإنزال النكاح ، والنسب يحتاط فى إثباته ، وهذا من المصنف خلاف ماتقدم فى المبتوتة حيث نفى نسب ما أتت به لتمام سنتين مع تصحيحه بما قدمناه من كونه طلقها حال جماعها وصادف الإنزال الطلاق . وأجيب عن المصنف بأن ثبوت النسب هنا لاهناك لحمل أمرها على الصلاح ، إذ لو لم يثبت هنا لزم كونه من زنا أو من زوج فتزوّجت وهى فى العدة ، وأما عدم الثبوت هناك للشك فلا يستلزم نسبة فساد إليها لجواز كون عدتها انقضت وتزوّجت بزوج آخر فعلقت منه . وحاصل هذا رفع المانع من عدم الثبوت هناك وليس بجواب أصلا لأن معنى السؤال وجد المقتضى وهو الإمكان بالطريق الذى ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب أن يثبت النسب كما يثبت هنا ، وأنت علمت أن الوجه أن ثبوت النسب فيه لوجود المقتضى وهو الإمكان مع الاحتياط (قوله فإن جحد الولادة) يعنى فيما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا ثبت بشهادة امرأة واحدة اتفاقا ، أما عندهما فظاهر ، وعنده لتأيدها بقيام الفراش ، حتى لو نفاه بعد شهادتها لاعن ولا يكون هذا اللعان لزم بشهادة الواحدة ليلزم أنه قائم مقام الحد ، والحد لايثبت بشهادة امرأة واحدة فيجب أن لايجب اللعان هنا ، وأيضا يلزم خطأ أبى حنيفة حيث لم يثبت بها النسب وأثبت بها اللعان ، بل اللعان إنما وجب بالقذف الثابت فى ضمن نفى الولد لابنفى الولد من حيث هو نفيه فإنه ليس من ضرورة لزومه وجود الولد أصلا فضلا عن نفيه بعد وجوده لتحققه بدونه ، وإن اتفق هنا وقوعه فى ضمن النفى (قوله وإن ولدت ثم اختلفا ، فقال تزوّجتك لأربعة أشهر وقالت لستة أشهر فالقول لها لأن الظاهر شاهد لها وهو أنه ولد من نكاح لا من سفاح ولا من زوج

(قوله واللعان إنما يجب بالقذف) جواب عما يقال اللعان ههنا إنما يجب بنفى الولد والولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة ، وهو لايجوز لأن اللعان فى معنى الحد والحد لايثبت بشهادة النساء . ووجهه أن اللعان يجب بالقذف والقذف موجود ، لأن قوله ليس منى قذف لها بالزنا معنى ، والقذف لايستلزم وجود الولد فإنه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة وإنما أضيف اللعان إلى القذف مجردا عنه (فإن ولدت) المرأة (ثم اختلفا فقال الزوج تزوّجتك منذ أربعة أشهر وقالت منذ ستة أشهر فالقول قولها لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهرا من نكاح لامن سفاح) . واعترض بوجهين : أحدهما أن المرأة تسند العلوق إلى زمان سابق والزوج ينكره فيكون القول قوله ، والثانى أن الظاهر شاهد له أيضا لأن النكاح حادث والأصل فى الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأوقات . وأجيب عن الأول بأنه معارض بأن الزوج يدعى إسناد العلوق إلى زمان يسبق النكاح وهى تنكر

(قال المصنف : واللعان إنما يجب بالقذف) أقول : القذف الثابت فى ضمن نفى الولد لابنفى الولد من حيث هو نفيه (قال المصنف : فإنه يصح بدونه) أقول : وإن اتفق هنا وقوعه فى ضمنه (قال المصنف : لأن الظاهر يشهد لها) أقول : وإنما لم يقل لأنها تدعى صحة النكاح لأنها إذا كانت حبلى من الزنا يصح النكاح فى الصحيح (قوله واعترض بوجهين : أحدهما أن المرأة الخ) أقول : هذا الاعتراض معارضة ، والثانى معارضة أيضا ، ثم قوله إن المرأة تسند العلوق : يعنى تسند العلوق من الزوج (قوله وأجيب عن الأول بأنه معارض الخ) أقول : يعنى

ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف (وإن قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد: تطلق) لأن شهادتها حجة فى ذلك . قال عليه الصلاة والسلام « شهادة النساء » جائزة فيما لايستطيع الرجال النظر إليه » ولأنها لما قبلت فى الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولأبى حنيفة أنها ادعت الحنث فلا يثبت إلا بحجة تامة ، وهذا لأن شهادتهن ضرورية فى حق الولادة فلا تظهر فى

تزوجت بهذا الزوج فى عدته ، وهو مقدم على الظاهر الذى يشهد له وهو إضافة الحادث وهو النكاح هنا إلى أقرب الأوقات ، لأنه إذا تعارض ظاهران فى ثبوت نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى أنه يثبت بالإيماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات ، مع أن ظاهرها متأيد بظاهره وهو عدم مباشرته النكاح الفاسد إن كان الولد من زوج أو حبل من زنا وإن صح على الخلاف فيه ثم لاتحرم عليه بهذا النفى لأنه لايلزم منه تزوجها حاملا بثابت النسب ليكون إقرارا بالفساد كما إذا تزوجها بلا شهود لجوازه وهى حامل من زنا فإنه صحيح على الصحيح ، ولأن الشرع كذبه حيث أثبت النسب ، والشرع إذا كذب الإقرار يبطل (قوله ولم يذكر) أى محمد (الاستحلاف) أى استحلافها وهو على الخلاف المعروف فى الأشياء الستة فعندهما تستحلف وعنده لاتستحلف لأن الخلاف واقع فى النكاح والنسب (قوله ومن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة

فيكون القول قولها ، وعن الثانى بأن النسب مما يحتاط فى إثباته ، فإذا تعارض الظاهران فيه ترجح المثبت على أن ظاهر حالها يتأيد بظاهر حاله من حيث إنه لايباشر النكاح بصفة الفساد فإن نكاح الحبلى فاسد وهل تحرم على الزوج بهذا الكلام ؟ ينبغى أن لاتحرم . فإن قيل : يجب أن تحرم لأن هذا إقرار منه بتزوجه وهى حبلى فصار كما إذا ادعى أنه تزوجها بغير شهود . أجيب بالفرق بينهما من وجهين : أحدهما أن النكاح بغير شهود فاسد لامحالة ونكاح الحبلى ليس كذلك لجواز أن يكون الحمل من الزنا . والثانى أنه وإن أقر بالحرمة إلا أن الشرع كذبه فى ذلك حيث أثبت النسب منه والإقرار إذا قابله تكذيب من جهة الشرع يبطل . وقوله (ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف) يعنى الاختلاف المذكور فى الأشياء الستة . وقوله (وإذا قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق) ظاهر . وقوله (فيما يبتنى عليها وهو الطلاق) يعنى أن الطلاق حكم متعلق بالولادة ، وشهادة القابلة حجة فى إثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا وكم من شىء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا (ولأبى حنيفة أن دعواها ليست الطلاق حتى يثبت فى ضمن الولادة بشهادتها ، وإنما دعواها حنثه فى يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة فلا يثبت إلا بحجة كاملة . سلمنا أن دعواها الطلاق لكن لايمكن إثباتها بشهادتها ضمنا لأن شهادتهن ضرورية فى حق الولادة لعدم حصول الرجال عندها فلا تظهر فى حق الطلاق لأنه ينفك عنها . ولقائل أن يقول : كلامنا

فبقى دليلنا سالما عن المعارض (قوله ترجح المثبت) أقول : أى مثبت النسب (قوله فإن نكاح الحبلى فاسد) أقول : إن كان من النكاح فبالإجماع ، وإن كان من الزنا فعند بعض أئمتنا كما سبق لكنه صحيح فى الصحيح ففى التأييد مالا يخفى (قوله فإن قيل ويجب الخ) أقول : معارضة ، وكان الأولى أن يأتى بدليل عدم التحريم أولا (قوله وإنما دعواها حنثه الخ) أقول : هما يقولان أيضا إنها تدعى الحنث والشاهد يثبته كما يعلم من تعليلهما المسألة الثانية ، فحينئذ ينبغى أن يقرر كلام الإمام بغير ماقرره الشارح ، ولا يحمل كلامه على تعليلين (قوله والحنث ليس من ضرورات الولادة) أقول: مطلقا أو فى هذا اليمين ، والأول مسلم وليس الكلام فيه ، والثانى ممنوع (قوله فلا تظهر فى حق الطلاق)

حق الطلاق لأنه ينفك عنها (وإن كان الزوج قد أقرّ بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة) لأنه لابد من حجة لدعواها الحنث ، وشهادتها حجة فيه على مابينا . وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضى إليه وهو الولادة ، ولأنه أقرّ بكونها مؤتمنة فيقبل قولها فى رد الأمانة

والزوج ينكرها ولم يكن حبلها ظاهرا ولا أقرهو به (لم تطلق عند أبي حنيفة) ولكن تثبت النسب . وقالا تطلق أيضا لأن شهادتها حجة فى ذلك أى فى ثبوت ولادتها للحديث السابق ، وإذا كانت حجة مقبولة فيها تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق المعلق به ، وبهذا التقرير يتبين أن قوله ولأنها لما قبلت فى الولادة إلى آخره ليس وجها آخر بل هو تمام الوجه الأول وصارت كثبوت الأمومة بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة فيما إذا قال إن كان بأمتى هذه حمل فهو منى فولدت بعد هذا القول لأقل من ستة أشهر فأنكر ولادتها فشهدت بها امرأة ، وكثبوت اللعان بناء على ثبوت النسب فيما إذا جاءت زوجة بولد فقال ليس منى ولا أدرى أولدتيه أم لا فشهدت بالولادة امرأة فإنه يجب اللعان إلا أن يكون الزوج عبدا أو حرا محدودا فيحد للقذف . ولأبى حنيفة أنها ادعت الحنث وزوال ملكه الثابت فلا بد من حجة تامة . وشهادة المرأة الواحدة ليست حجة كذلك إلا فى موضع الضرورة وهو الولادة ولازمه المختص به فقبلت فيها وثبت النسب وأمومة الولد ، ولأنه حكمه اللازم شرعا ، أما اللعان فإنما يثبت بالقذف وإن اتفق أنه وقع فى ضمن نفى الولد كما تقدم . وأما وقوع الطلاق والعتاق فليس حكما مختصا به فلا نثبت عند هذه الشهادة كمن اشترى لحما فأخبره مسلم أنه ذبيحة مجوسى قبل فى الحرمة ولا يثبت تمجس الذابح ، وكقوله إذا حضت فأنت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت هى ولم تطلق فلانة وهما حكمان مقترنان . ويمكن جعل هذا إشكالا على أبى حنيفة فإن طلاقها هى زوال ملكه وهو ليس لازما شرعيا لحيضها بل لازمه الشرعى حرمة قربانها نقد ثبت بقولها لازمه الشرعى ولازمه الجعلى المنفك وهو حنثه وسيأتى الفرق ، ولو كان الزوج قد أقرّ بالحبل طلقت بلا شهادة عند أبى حنيفة ، وعندهما يشترط شهادة القابلة لأنه لابد من الحجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه (وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضى إليه وهو الولادة) للعلم بأن الحبلى تلد بعده ، ولأنه أقرّ بأنها مؤتمنة فى إخبارها بالولادة حيث أقرّ بأنها حامل فيقبل قولها فى رد الأمانة كما إذا علق بحيضها فقالت حضت ، فإذن ظهر الفرق الدافع للإشكال المذكور وهو أن التعليق إن كان بما هو معلوم الوقوع بعده وعلمه من جهتها كما بحيضها وبولادتها بعد الإقرار بحبلها أو بظهور حبلها كان التزاما لتصديقها عند إخبارها به واعترافا بأنها مؤتمنة

فى الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشىء لازم من لوازمه والولادة تثبت بشهادتها والشىء إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وقوله (وإن كان الزوج قد أقرّ بالحبل) يعنى إذ أقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المرأة ولدت وكذبها الزوج فإن الطلاق يقع عند أبى حنيفة خلافا لهما ، وعلى هذا الاختلاف إذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق . لهما أنها إذا ادعت الحنث فلا بد لها من حجة وشهادتها فيه حجة على مابينا فى المسئلة الأولى (وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضى إليه الحبل وهو الولادة) ولأن إقراره بحبلها إقرار بكونها مؤتمنة والقول قول المؤتمن فى دعوى رد الأمانة ، وهذا يرشدك إلى أن وجود الشرط إنما يستلزم وجود الجزاء عنده إذا كان وجود الشرط بدليل يمكن أن يكون دليلا على الجزاء عند انفراده عن الشرط ، والإقرار كذلك ، بخلاف شهادة القابلة فى المسئلة الأولى فتلمح منه جواب الاعتراض هناك.

بل تظهر فى حق القضيات المختصة (قوله ولقائل أن يقول كلامنا ، إلى قوله : الشىء إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه) أقول : للشرع ولاية قد يثبت أمرا فى حق بعض الأشياء ولا يثبتها فى حق بعضها ، وله نظائر لاتحصى (قوله فتلمح منه جواب الاعتراض هناك) أقول : أشار إلى ماتقدم ثمانية أسطر تخمينا وهو قوله ولقائل أن يقول كلامنا فى الطلاق المعلق .

قال (وأكثر مدة الحمل سنتان) لقول عائشة رضى الله عنها : الولد لايبقى فى البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل (وأقله ستة أشهر) لقوله تعالى ـ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ـ ثم قال ـ وفصاله فى عامين ـ فبقى للحمل ستة أشهر

فيه ، وإن لم يكن كذلك وهو التعليق بولادتها قبل الاعتراف بحبلها سابقا ولا ظهور حبل حال التعليق لم يستلزم ذلك فيحتاج عند إنكاره إلى الحجة (قوله وأكثر مدة الحمل سنتان) وعند الشافعى ومالك أربع سنين ، وعن الليث ثلاث سنين ، وعن الزهرى سبع سنين . واستدل المصنف رحمه الله بقول عائشة رضى الله عنها : الولد لايبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل. أخرج الدارقطنى والبيهقى فى سننهما من طريق ابن المبارك: حدثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة رضى الله عنها قالت : ماتزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل . وفى لفظ قالت : لايكون الحمل أكثر من سنتين الحديث . وأخرج الدارقطنى ومن جهته البيهقى عن الوليد بن مسلم قال : قلت لمالك بن أنس أنى حديث عن عائشة أنها قالت : لاتزيد المرأة فى حملها على سنتين قدر ظل مغزل ، فقال : سبحان الله من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن فى اثنى عشرة سنة كل بطن فى أربع سنين . ولا يخفى أن قول عائشة رضى الله عنها مما لايعرف إلا سماعا ، وهو مقدم على المحكى عن امرأة ابن عجلان لأنه بعد صحة نسبته إلى الشارع لايتطرق إليه الخطأ ، بخلاف الحكاية فإنها بعد صحة نسبتها إلى مالك والمرأة يحتمل خطؤها ، فإن غاية الأمر أن يكون انقطع دمها أربع سنين ثم جاءت بولد، وهذا ليس بقاطع فى أن الأربعة بتمامها كانت حاملا فيها لجواز أنها امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حبلت ، ووجود الحركة مثلا فى البطن لو وجد ليس قاطعا فى الحمل لجواز كونه غير الولد ، ولقد أخبرنا عن امرأة أنها وجدت ذلك مدة تسعة أشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وإدراك الطلق فحين جلست القابلة تحتها أخذت فى الطلق فكلما طلقت اعتصرت ماء هكذا شيئا فشيئا إلى أن انضمر بطنها وقامت عن قابلتها عن غير ولادة. وبالجملة مثل هذه الحكايات لايعارض الروايات . وما روى أن عمر رضى الله عنه أثبت نسب ولد المرأة التى غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملا فهم برجمها ، فقال له معاذ إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما فى بطنها، فتركها حتى ولدت ولدا قد نبتت ثنيتاه يشبه أباه ، فلما رآه الرجل قال : ولدى ورب الكعبة ، فإنما هو بقيام الفراش ودعوى الرجل نسبه (قوله وأقله ستة أشهر) ولا خلاف للعلماء فيه لقوله تعالى ـ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ـ مع تفسير الفصال فى الآية الأخرى بكونه

قال (وأكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضى الله عنها : الولد لايبقى فى البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل : أى بقدر ظل مغزل حال الدوران) ، والغرض تقليل المدة، فإن ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال . ورواية المبسوط والإيضاح وبعض نسخ الكتاب . ولو بفلكة مغزل : أى ولو بدور فلكة مغزل والمعنى هو مافى الرواية الأخرى ، والظاهر أن عائشة قالته سماعا لأن العقل لايهتدى إلى معرفة المقادير ، وإنما قدم بيان أكثر المدة على أقلها اهتماما بذكره لكونه مختلفا فيه (وأقله ستة أشهر لقوله تعالى ـ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ـ ثم قال ـ وفصاله فى عامين ـ فبقى للحمل ستة أشهر) وهذا تأويل أخرجه ابن عباس ، ذكره فى المبسوط فقال روى أن رجلا تزوج امرأة فولدت ولدا لستة أشهر ، فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس : أما إنها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم ، قال الله تعالى ـ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ـ وقال تعالى ـ وفصاله فى عامين ـ

والشافعي يقدر الأكثر بأربع سنين، والحجة عليه ماررويناه، والظاهر أنها قالته سماعا إذ العقل لايهتدى إليه (ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها ، فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه وإلا لم يلزمه)

فى عامين فيلزم كون الفاضل للحمل ستة أشهر . وأورد عليه أنه مخالف لما قرره لأبى حنيفة فى الرضاع من أن هذه المدة مضروبة بتمامها لكل من الحمل والفصال ، غير أن المنقص قام فى أحدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة . قلنا : قدمنا هناك أنه غير صحيح لما يلزم من أنه يراد بلفظ الثلاثين فى إطلاق واحد حقيقة ثلاثين وأربعة وعشرين باعتبار إضافتين فلعله رجع إلى الصحيح. وأجيب بأن هذا تأويل ابن عباس رضى الله عنهما ذكره هنا وموضع الاستدلال فى الحقيقة مورده لاهو فنقل بعضه لينبه به عليه . وهو ماروى أن رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فهم عثمان برجمها ، فقال ابن عباس رضى الله عنهما : أما إنها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى — وحمله وفصاله ثلاثون شهرا — وقال — وفصاله فى عامين — فلم يبق للحمل إلا ستة أشهر فدرأ عثمان رضى الله عنه الحد عنها. فالتمسك بدرء عثمان مع عدم مخالفة أحد فكان إجماعا ، وهذا صحيح فى نفسه ومفيد لقطعية إرادة كون المدة بمجموع الحمل والفصال لاتفاقهم على صحته حيث سكتوا ورتبوا الحكم باعتباره وهو يبطل تمسكه فى الرضاع على ذلك الوجه فلا يندفع به التناقض على المصنف (قوله ومن تزوج أمة فطلقها) أى بعد الدخول واحدة بائنة أو رجعية ثم اشتراها قبل أن تقر بانقضاء عدتها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها لزمه : أى ثبت نسبه منه ، ولفظ يوم بعد منذ مستغنى عنه ، وقيدنا ببعد الدخول وواحدة ، لأنه لو كان قبل الدخول لايلزمه الولد إلا أن تجىء به لأقل من ستة أشهر منذ فارقها لأنه لاعدة لها أو بعده والطلاق ثنتان ثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق كما سيذكره المصنف (قوله وإلا) أى وإن لم تجىء به لأقل بل لتمام ستة أشهر أو

فإذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر ، فدرأ عثمان الحد عنها وأثبت النسب من الزوج . قال صاحب النهاية : وهذا التقرير الذى ذكر هنا فى تأويل الآية مخالف لما ذكره فى الرضاع من هذا الكتاب ، لأنه جعل هناك ثلاثين شهرا مدة لكل واحد من الحمل والفصال ، ثم أظهر المنقص فى حق الحمل وههنا جعلها مدتهما جميعا ثم أصاب منهما الفصال عامان بقوله تعالى — وفصاله فى عامين — ومن ضرورته أن يبقى للحمل ستة أشهر . وأجيب بأن استدلاله هناك إنما كان بالنظر إلى الآية الأولى وههنا بالنظر إليها وإلى الأخرى ، وجاز أن تكون الآية نظرا إلى ذاتها مفيدة لحكم ، وبالنظر إليها وإلى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل . (وقال الشافعى : يقدر الأكثر بأربع سنين) واحتج على ذلك بحكايات مثل محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عتبة بقى فى بطن أمه أربع سنين ، وكذلك هرم بن حيان فسمى هرما لذلك، والضحاك بن مزاحم هكذا فسمى ضحاكا لأنه ضحك حين ولد وغيرهم (والحجة عليه ما روينا عن عائشة رضى الله عنها ، والظاهر أنها قالته سماعا إذ العقل لايهتدى إليه) أى إلى مقدار مدة ما فى الرحم . وقوله (ومن تزوج أمة فطلقها) يعنى بعد الدخول (ثم اشتراها فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه وإلا فلا

(قوله إنما كان بالنظر إلى الآية الأولى) أقول : يعنى قوله تعالى — وحمله وفصاله ثلاثون شهرا — (قوله وههنا بالنظر إليها وإلى الأخرى) أقول : يعنى قوله تعالى — وفصاله فى عامين — (قوله وجاز أن تكون الآية نظرا إلى ذاتها مفيدة لحكم ، وبالنظر إليها وإلى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل) أقول : تأملنا فلم يتضح لنا اندفاع المخالفة ، فإنه جعل هنا كون المدة المذكورة فى الآية الكريمة مضروبة لمجموع الحمل والفصال أمرا مقررا ، ثم عمد إلى الآية الأخرى فعين بها ما أصاب الفصال من تلك المدة لتعين مدة الحمل ، ثم لايمكن أن يراد بكلام واحد معنيان متقابلان فى إطلاق واحد كما لايخفى (قال المصنف : ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم الخ)

لأنه فى الوجه الأول ولد المعتدة فإن العلوق سابق على الشراء ، وفى الوجه الثانى ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب وقته فلا بد من دعوة ، وهذا إذا كان الطلاق واحدا بائنا أوخلعا أو رجعيا . أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق لأنها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق إلا إلى ماقبله ، لأنها لاتحل بالشراء

أكثر من وقت الطلاق لم يلزمه إلا أن يدعيه (قوله لأنه فى الوجه الأول) وهو ما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ولد المعتدة للتيقن بكون العلوق سابقا على الشراء ، وولد المعتدة يثبت نسبه بلا دعوة. وفى الوجه الثانى وهو ما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا ولد المملوكة فلا يثبت إلا بدعوة ، وهذا لأن الطلاق إذا كان واحدة حل له وطؤها بعد الشراء إذ لايظهر عدتها فى حقه لأنها معتدته ، والمرأة متى ولدت والوطء حلال يقضى بالعلوق من أقرب الأوقات لأن فيما زاد عليه شكا وأقرب الأوقات ستة أشهر ، واعتبارها فى الأول يوجب أنه ولد المعتدة . وفى الوجه الثانى يوجب أنه ولد المملوكة فلا يثبت إلا بدعوة . بخلاف مالو كان الطلاق ثنتين حيث يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الشراء لأن به تحرم الأمة حرمة غليظة فلا يحلها الشراء لأن حل المحرمة حرمة غليظة مغياة بنكاح زوج آخر على ماعرف فتعذر القضاء بالعلوق من أقرب الأوقات لأنه قضاء عليهما بالوطء الحرام فقضينا بالعلوق من أبعد الأوقات وهوماقبل الطلاق حملا لأمرهما على الصلاح وقبل الطلاق كانت منكوحة فيثبت نسب ولدها بلا دعوة ، ثم إذا كانت الواحدة رجعية وهو ولد

لأنه فى الوجه الأول) يعنى إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر (ولد المعتدة فإن العلوق سابق على الشراء) لأنها ولدت لأقل من ستةأشهر من وقت الشراء ، ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام الفراش حكما (وفى الوجه الثانى) يعنى ما إذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الشراء (ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب الأوقات) وأقربها وقت كونها مملوكة فلا يثبت إلا بالدعوة.قال المصنف (هذا إذا كان الطلاق واحدا بائنا أو خلعا أو رجعيا ، أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق لأنها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق إلا إلى ماقبله لأنها لاتحل بالشراء) لأن الأمة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين فلا تحل له بملك اليمين ، وإذا لم تحل لايقضى بالعلوق من أقرب الأوقات بل من أبعدها حملا لأمور المسلمين على الصلاح ،وأبعد الأزمان هو ماقبل الطلاق فيلزمه الولد إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق ،وأما إذا كان الطلاق واحدا فيحل له وطؤها بملك اليمين فيضاف الولد إلى أقرب الأوقات ، فحينئذ كان ولد الأمة فلا يثبت نسبه بغير دعوة . فإن قيل : وجب أن تنكشف الحرمة بملك اليمين وإن كانت الحرمة غليظة تمسكابقوله تعالى ــ والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم ــ أجيب بأنه وجب أن لاتنكشف تمسكا بقوله تعالى ــ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ــ والطلقة الثانية فى الإماء بمنزلة الطلقة الثالثة فى الحرائر والمحرم أقوى

أقول : لفظ يوم مستغنى عنه (قال المصنف : أما إذا كان ثنتين يثبت النسب إلىسنتين من وقت الطلاق) أقول: قال الإتقانى: فيه إيهام لأنه ربما يظن ظان أن الطلاق إذا كان واحدا بائنا لايثبت النسب فيه إلى سنتين ، وليس كذلك لأن النسب فى البائن يثبت إلى سنتين من وقت الطلاق وإن لم يدع اهـ . ولايخفى عليك أن المراد هو أن المعتبر فى الطلاق البائن وقت الشراء ، فانه إذا مضى من وقته أقل من ستة أشهر فجاءت بولد يحكم له ، وإن جاءت لتمامها لايحكم وإن مضى من وقت الطلاق سبعة أشهر ، وأما إذا كان الطلاق ثنتين فالمعتبر مضى المدة من وقت الطلاق لامن وقت الشراء فليتأمل فإن ذلك يفهم من كلام المصنف .

(ومن قال لأمته إن كان فى بطنك ولد فهو منى فشهدت على الولادة امرأة فهى أم ولده) لأن الحاجة إلى تعيين الولد، ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالإجماع (ومن قال لغلام هو ابنى ثم مات فجاءت أم الغلام وقالت أنا امرأته فهى امرأته وهو ابنه

المعتدة فيلزمه وإن جاءت به لعشر سنين بعد الطلاق فأكثر بعد كونه لأقل من ستة أشهر من الشراء، وإن كانت بائنا ثبت إلى أقل من سنتين بعد كونه لأقل من ستة أشهر من الشراء. واعلم أن ماذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق، يعنى لو اشتراها من غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتا. ولو اشترى زوجته الموطوءة ثم أعتقها فولدت لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها لايثبت النسب إلا أن يدعيه الزوج، لأن النكاح بطل بالشراء وصارت بحال لايثبت نسب ولدها منه لو ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت الشراء إلا بدعوة والعتق مازادها إلا بعدا منه. وعند محمد يثبت النسب إلى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لأنه بالشراء بطل النكاح ووجبت العدة لكنها لاتظهر فى حقه للملك وبالعتق ظهرت، وحكم معتدة عن بائن لم تقر بانقضاء عدتها ذلك. ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر لزمه للعلم بثبوته قبل الشراء وإن كان لأكثر من سنتين من العقد. وكذا لو لم يعتقها ولكن باعها فولدت لأكثر من ستة أشهر مذ باعها؛ فعند أبى يوسف لايثبت النسب وإن ادعاه إلا بتصديق المشترى لما مر أن النكاح بطل؛ وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال فى العتق إلا أنه هنا لايثبت بلا دعوة لأن العدة ظهرت ثم ولم تظهر هنا. ولو أسلمت كتابية تحت مسلم ثم جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر ولأقل من سنتين من وقت الإسلام فنفاه لاعن ويقطع نسب الولد منه، وإن احتمل علوقه قبل الإسلام وهو باعتباره لالعان لكن العلوق حادث، والأصل فى الحوادث ما قلنا. وكذا حر تحته أمة أعتقها مولاها فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر ولأقل من سنتين من وقت الإعتاق فنفاه الزوج لاعن وإن احتمل العلوق قبل الإعتاق. فإن قيل ماذكرتم ينتقض بمسائل: إحداها مالو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثلاثا ولم يبين حتى ولدت إحداهما لأكثر من ستة أشهر من وقت الإيجاب ولأقل من سنتين منه فالإيجاب على إبهامه ولا تتعين ضرتها للطلاق ذكره فى الزيادات. وثانيها مالو قال لها إذا حبلت فأنت طالق فولدت لأقل من سنتين من وقت التعليق لايقع الطلاق، فكذا لو كان هذا فى تعليق العتاق بالحبل. وثالثها المطلقة الرجعية إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق لايصير مراجعا، ولو كانت الحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات لثبتت هذه الأحكام: أعنى البيان والطلاق والرجعة. قلنا: الحوادث إنما تضاف إلى أقرب الأوقات إذا لم تتضمن إبطال ماكان ثابتا بالدليل أو ترك العمل بالمقتضى، أما إذا تضمنت فلا، فتى عولت على ماقلنا ثم استقريت المسائل وجدت الأمر عليه، فى ثبوت الطلاق فى الصورتين الأولين إبطال ماكان ثابتا بيقين بلا يقين، وفى الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدال على استكراه الرجعة بغير القول (قوله فهى أم ولده) بالإجماع لأن سبب وجود النسب قد وجد وهو الدعوة، والحاجة إلى

(ومن قال لأمته إن كان فى بطنك ولد فهو منى فشهدت امرأة على الولادة فهى أم ولده) لأن سبب ثبوت النسب وهى الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو منى وإنما الحاجة إلى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالإجماع؛ هذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، فإن ولدت لستة أشهر فصاعدا لايلزمه لاحتمال أنها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الأول فإنا تيقنا ثمة بقيام الولد فى البطن وقت القول فصحت الدعوى. وقوله (ومن قال لغلام هو ابنى) واضح. واعترض بأنه ينبغى أن لايكون لها الميراث فى الاستحسان

يرثانه) وفى النوادر جعل هذا جواب الاستحسان ، والقياس أن لايكون لها الميراث لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين ، فلم يكن قوله إقرارا بالنكاح . وجه الاستحسان أن المسئلة فيما إذا كانت معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة (ولو لم يعلم بأنها حرة فقالت الورثة أنت أم ولد فلا ميراث لها) لأن ظهور الحرية باعتبار الدار حجة فى دفع الرق لا فى استحقاق الميراث ، والله أعلم .

تعيين الولد وشهادة القابلة حجة فى ذلك بالإجماع : أى باتفاق أصحابنا ، هذا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، ولو ولدته لستة أشهر أو أكثر لايلزمه لاحتمال أنها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الأول لتيقننا بقيامه فى البطن وقت القول فتيقنا بالدعوى (قوله يرثانه الخ) فإن قيل : ثبوت النكاح هنا اقتضائى فيثبت بقدر الضرورة وهى تصحيح النسب دون الإرث . قلنا : النكاح غير متنوع إلى ماهو سبب استحقاق الإرث وما ليس كذلك بل هو ملزوم لاستحقاقه ، وإذا ثبت الشيء ثبت بلازمه الشرعى وإن لم يكن لازما بخلاف نكاح الأمة والكتابية (قوله وجه الاستحسان أن المسئلة مفروضة فيما إذا كانت معروفة بحرية الأصل وأنها أم الولد) وإذا ثبت كونها حرة هى أم ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفا لأنه الموضوع لحصول الأولاد دون الفاسد والوطء بشبهة فهما احتمالان لايعتبران فى مقابلة الظاهر القوى ، وكذا احتمال كونه طلقها فى صحته وانقضت عدتها لأنه لما ثبت النكاح وجب الحكم بقيامه مالم يتحقق زواله (قوله فلا ميراث لها) قال التمرتاشى : ولكن لها مهر المثل لأنهم أقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم (قوله لا فى استحقاق الإرث) فلا يقضى به كالمفقود يجعل حيا فى ماله حتى لايرث غيره منه لا بالنسبة إلى غيره حتى لايرث مفقود من أحد .

أيضا لأن هذا النكاح يثبت له اقتضاء فثبت بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون استحقاق الإرث . وأجيب بأن النكاح على ماهو الأصل ليس بمتنوع إلى نكاح هو سبب لاستحقاق الإرث ونكاح ليس بسبب له ، فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ماهو من لوازمه التى لاتنفك عنه شرعا ، وإنما قال على ماهو الأصل لئلا يرد نكاح الكتابية والأمة لأنه من العوارض . ورد بأنا لانسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لأن المقتضى إنما يثبت لتصحيح المقتضى لامحالة ، والمقتضى ههنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضى وهو النكاح بأن يكون عن وطء بشبهة أو يكون الولد ولد أم الولد فلم يفتقر ثبوت النسب إلى النكاح لامحالة ، وهذا سؤال فاسد نشأ من عدم فهم وجه الاستحسان ، فإنه قال فيه المسئلة فيما إذا كانت معروفة بالحرية فلم يمكن أن تكون أم ولد ، وقال : والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ، وحينئذ لايكون عن وطء بشبهة وهو ظاهر .

(قوله ورد بأنا لانسلم الخ) أقول : صاحب الرد هو الاتقانى .

(باب الولد من أحق به)

(وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد) لما روى «أن امرأة قالت : يارسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه منى ، فقال عليه الصلاة والسلام : أنت أحق به مالم تتزوّجى » ولأن الأم أشفق وأقدر على الحضانة فكان الدفع إليها أنظر ، وإليه أشار الصديق بقوله : ريقها خير له من شهد وعسل عندك ياعمر ، قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون

(باب الولد من أحق به)

لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب أحوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد (قوله وإذا وقعت الفرقة الخ) هو على الإطلاق فى غير ما إذا وقعت بردتها لحقت أولا لأنها تحبس وتجبر على الإسلام ؛ فإن تابت فهى أحق به وما إذا لم تكن أهلا للحضانة بأن كانت فاسقة أو تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة أو كانت أمة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة أو متزوّجة بغير محرم ؛ وما إذا كان الأب معسرا وأبت الأم أن تربى إلا بأجر وقالت العمة أنا أربى بغير أجر فإن العمة أولى هو الصحيح (قوله فالأم أحق بالولد) بالإجماع وإن كانت كتابية أو مجوسية لأن الشفقة لاتختلف باختلاف الدين (قوله لما روى أن امرأة) فى سنن أبى داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو « أن امرأة قالت يارسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وثديى له سقاء ، وحجرى له حواء ، وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تنكحى » رواه الحاكم وصححه ، وعمرو هذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص ، فإذا أراد بجده محمدا كان مرسلا ، وإذا أراد به عبد الله كان متصلا ، فلما لم ينص عليه يصير محتملا للإرسال والاتصال ، وهنا نص على جده عبد الله . وحجر الإنسان بالفتح والكسر ، والحواء بالكسر : بيت من الوبر والجمع الأحوية (قوله ولأن الأم أشفق عليه) إبداء لحكمة خصوص هذا الشرع ، وإنما كانت أشفق عليه لأنه كان جزءا لها حقيقة حتى قد يقرض بالمقراض وأقدر على الحضانة لتبتلها بمصالحه ،

(باب الولد من أحق به)

مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لاتحتاج إلى بيان (وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه « أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وحجرى له حواء ، وثديى له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينزعه منى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به مالم تتزوّجى » ولأن الأم أشفق) عليه لزيادة اتصاله بها من حيث يقص منها بالمقص (وأقدر على الحضانة) بلزومها البيت فكان فى التفويض إليها زيادة مرحمة لمن هو مظنتها (وإليه أشار أبو بكر الصديق رضى الله عنه . روى أن عمر خاصم أم عاصم بين يدى أبى بكر لينزع العاصم منها ، فقال له أبو بكر : ريقها خير له من شهد وعسل عندك ياعمر ، قاله والصحابة حاضرون متوافرون (ولم ينكر أحد)

(باب الولد من أحق به)

(والنفقة على الأب) على مانذكر (ولا تجبر الأم عليه) لأنها عست تعجز عن الحضانة

والرجل أقدر على الاكتساب فلذا جعلت نفقته عليه إذا لم يكن هو له مال وجعل عندها . وقوله وإليه أشار الصديق الخ يشير إلى ما فى موطإ مالك : حدثنا يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال : كانت عند عمر امرأة من الأنصار فولدت له عاصما ، ثم فارقها عمر رضى الله عنه فركب يوما إلى قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة ، فأدركته جدّة الغلام فنازعته إياه ، فأقبلا حتى أتيا أبا بكر ، فقال عمر : هذا ابنى ، وقالت المرأة ابنى ، فقال أبو بكر : خلّ بينه وبينها ، فما راجعه عمر الكلام . وكذا رواه عبد الرزاق ورواه البيهقى ، وزاد : ثم قال أبو بكر : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لاتوله والدة عن ولدها » وفى مصنف ابن أبى شيبة : حدثنا ابن إدريس عن يحيى بن سعيد عن القاسم أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن أبى الأفلح فتزوّجت فجاء عمر فأخذ ابنه ، فأدركته شموس أم ابنة عاصم الأنصارية وهى أم جميلة فأخذته فترافعا إلى أبى بكر فقال : خل بينها وبين ابنها فأخذته . ولابن أبى شيبة أيضا عن عمر أنه طلق أم عاصم ثم أتى عليها وفى حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا إلى أبى بكر فقال له مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبى فيختار لنفسه (قوله والنفقة على الأب على ما نذكر) أى فى باب النفقة ، وهذا إن كان حيا ، فإن كان ميتا فعلى ذى الرحم الوارث على قدر المواريث (قوله ولا تجبر) يعنى إذا طلبت الأم فهى أحق به وإن أبت لاتجبر على الحضانة ، وهو قول الشافعى وأحمد والثورى ورواية عن مالك . وفى رواية أخرى وهو قول ابن أبى ليلى وأبى ثور والحسن بن صالح تجبر . واختاره أبو الليث والهندوانى من مشايخنا لأن ذلك حق الولد . قال تعالى ـ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ـ والمراد الأمر وهو الوجوب ، والمشهور عن مالك : لاتجبر الشريفة التى لاعادة لها بالإرضاع ، وتجبر التى هى ممن ترضع ، وإن لم يوجد غيرها أو لم يأخذ الولد ثدى غيرها أجبرت بلا خلاف . ويجبر الأب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الأم لأن نفقته وصيانته عليه بالإجماع . ولنا قوله تعالى ـ وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ـ وإذا اختلفا فقد تعاسرا فكانت الآية للندب أو محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولأنها عسى أن تعجز عنه ، لكن فى الكافى للحاكم الشهيد الذى هو جمع كلام محمد : لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لأن هذا حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجا هذا لفظه ، فأفاد أن قول الفقيهين جواب الرواية ؛ وأما قوله تعالى ـ فسترضع له أخرى ـ فليس الكلام فى الإرضاع بل فى الحضانة . قال فى التحفة : ثم الأم وإن كانت أحق بالحضانة فإنه لايجب عليها إرضاعه لأن ذلك بمنزلة النفقة ، ونفقة الولد على الوالد إلا أن لايوجد من ترضعه فتجبر (قوله فإن لم تكن) أى لم تكن له أم تستحق الحضانة بأن كانت غير أهل للحضانة أو متزوّجة بغير محرم أو ماتت فأم الأم أولى من كل أحد وإن علت . وعن أحمد أم الأب أولى وإن استضعف بأن

(والنفقة على الأب) على ماسيجىء (قوله ولا تجبر الأم عليه) أى على أخذ الولد إذا أبت أو لم تطلب لما ذكره ، إلا أن لايكون للولد ذو رحم محرم سوى الأم فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد إذ الأجنبية لاشفقة لها عليه

(قوله إلا أن يكون للولد ذو رحم محرم سوى الأم فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد إذ الأجنبية لاشفقة لها عليه) أقول : وفيه أن غير ذى الرحم المحرم لايلزم أن يكون أجنبيا وجوابه لايخفى .

(فإن لم تكن له أم فأم الأم أولى من أم الأب وإن بعدت) لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات (فإن لم تكن أم الأم فأم الأب أولى من الأخوات) لأنها من الأمهات ، ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولأنها أوفر شفقة للولاد (فإن لم تكن له جدة فالأخوات أولى من العمات والخالات) لأنهن بنات الأبوين ولهذا قدمن فى الميراث . وفى رواية : الخالة أولى من الأخت لأب لقوله عليه الصلاة والسلام « الخالة والدة » وقيل فى قوله تعالى - ورفع أبويه على العرش أنها كانت خالته (وتقدم الأخت لأب وأم) لأنها أشفق (ثم الأخت من الأم ثم الأخت من الأب) لأن الحق لهن من قبل الأم (ثم الخالات أولى من العمات) ترجيحا لقرابة الأم (وينزلن كما نزلنا الأخوات) معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الأم

أم الأم تدلى بالأم وهى المقدمة على الأب ، فمن يدلى بها ولادا أحق ممن يدلى به ، فإن لم تكن للأم أم فأم الأب أولى ممن سواها وإن علت . وعند زفر الأخت الشقيقة أو الخالة أولى منها . وعن مالك الخالة أولى من الجدة لأب لما فى الصحيحين « أن عليا وجعفرا الطيار وزيد بن حارثة اختصموا فى بنت حمزة فقال على : أنا أحق بها هى ابنة عمى » وقال زيد : بنت أخى ، وقال جعفر : بنت عمى وخالتها تحتى ، فقضى بها النبى صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال : الخالة بمنزلة الأم ، وقال لعلى : أنت منى وأنا منك ، وقال لجعفر : أشبهت خلقى وخلقى ، وقال لزيد : أنت أخونا ومولانا » ورواه أبو داود وقال فيه « إنما الخالة أم » ورواه إسحاق بن راهويه وقال بعد قوله « وأما أنت يازيد فأخونا ومولانا والجارية عند خالتها ، فإن الخالة والدة » قلنا : هذا كله تشبيه ، فيحتمل كونه فى ثبوت الحضانة أو غيره ، إلا أن السياق أفاد إرادة الأول فيبقى أعم من كونه فى ثبوت أصل الحضانة أو كونها أحق به من كل من سواها ، ولا دلالة على الثانى والأول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بأنها أحق من أحد بخصوصه أصلا ممن له حق فى الحضانة فيبقى المعنى الذى عنيناه بلا معارض وهو أن الجدة أم ولهذا تحرز ميراث الأم من السدس ، وغلبة الشفقة تتبع الولاد ظاهرا فكانت مقدمة على الأخوات والخالات ، فإن لم تكن جدة سفلى ولا عليا فالأخوات أولى من العمات والخالات لأنهن بنات الأبوين وأولئك بنات الأجداد والجدات والشقيقة أولى من

(فإن لم تكن له أم) بأن ماتت أو تزوجت بأجنبى فإنها كالمعدومة حينئذ (فأم الأم وإن بعدت) لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات لما ذكرن من وفور شفقتهن ، فمن كانت تدلى إليه بأم فهى أولى ممن تدلى بأب ، ويستوى فى ذلك المسلمة والكافرة لأن حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لايختلف باختلاف الدين على ماقيل : كل شىء يحب ولده حتى الحبارى ، فإن لم تكن له أم الأم بالتفسير المار فأم الأب أولى من الأخوات لأنها من الأمهات وهذه الولاية بالأمومة (ولهذا) أى ولكون الجدة من الأمهات (تحرز ميراث الأمهات السدس ولأنها أوفر شفقة للولاد) أى لأجل الولاد (فإن لم تكن له جدة فالأخوات أولى من العمات والخالات لأنهن بنات الأبوين ولهذا قدمن فى الميراث) وهذه رواية كتاب النكاح اعتبارا بقرب القرابة والأخت أقرب لأنها ولد الأب والخالة ولد الجد . وقال فى كتاب الطلاق : والخالة أولى من الأخت لأب اعتبارا بالمدلى به ، فإن الخالة تدلى بالأم وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم « الخالة والدة » وقد قيل فى تفسير قوله تعالى - ورفع أبويه على العرش - أنها كانت خالته . وقوله (وتقدم الأخت لأب وأم) ظاهر ، ومعناه أن ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة

(قوله فإن لم تكن له أم الأم بالتفسير المار) أقول : يعنى المار بأسطر وهو قوله فإن لم تكن له أم بأن ماتت أو تزوجت بأجنبى الخ .

(ثم العمات ينزلن كذلك ، وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها) لما روينا ، ولأن زوج الأم إذا كان أجنبيا يعطيه نزرا وينظر إليه شزرا فلا نظر . قال (إلا الجدة إذا كان زوجها الجد) لأنه قام مقام أبيه فينظر له (وكذلك كل زوج هو ذورحم محرم منه) لقيام الشفقة نظرا إلى القرابة القريبة(ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية) لأن المانع قد زال (فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم أقربهم تعصيبا) لأن الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب فى موضعه ، غير أن الصغيرة لاتدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة

غيرها ، والتي لأم أولى من الأخت لأب وبعد الأخت لأب الخالة . وفى رواية كتاب الطلاق : الخالة أولى من الأخت لأب لأنها تدلى بالأم وتلك بالأب . وفى رواية كتاب النكاح : الأخت لأب أولى من الخالة اعتبارا لقرب القرابة وتقديم المدلى بالأم على المدلى بالأب عند اتحاد مرتبتهما قربا ، فعلى رواية كتاب النكاح تدفع بعد الأخت لأب إلى بنت الأخت الشقيقة ، ثم إلى بنت الأخت لأم ، ثم إلى بنت الأخت لأب ، ثم إلى الخالة الشقيقة ، ثم إلى الخالة لأم ثم لأب ، ثم العمات على هذا الترتيب ، ثم إلى خالة الأم لأب وأم ، ثم لأم ثم لأب ، ثم إلى عماتها على هذا الترتيب ، وخالة الأم أولى من خالة الأب عندنا ، ثم خالات الأب وعماته على هذا الترتيب . وقد تبين أن أولاد الأخوات لأب وأم أحق من الخالات والعمات ، وأن الأخت لأم أحق من ولد الأخت الشقيقة وبنات الأخت أولى من بنات الأخ لأن بنت الأخت تدلى إلى من له حق الحضانة ، وأما بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات فبمعزل عن حق الحضانة لأن قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية (قوله لما روينا) وهو قوله صلى الله عليه وسلم « مالم تتزوجى » والنزر القليل والشزر نظر البغض . ولو ادعى الأب أن الأم تزوجت وأنكرت فالقول لها ، ولو أقرت بالتزوج إلا أنها ادعت الطلاق وعود حقها ، فإن لم تعين الزوج فالقول لها ، وإن عينته لايقبل قولها فى دعوى الطلاق حتى يقر به الزوج (قوله فاختصم) المقصود أنه إذا لم يكن للصغير امرأة من أهله أو وجب الانتزاع

واحدة لما فيها من زيادة الشفقة . قال فى النهاية : ويجوز الترجيح بما لايكون علة للاستحقاق ؛ ألا ترى أن الأخ لأب وأم مقدم فى العصوبة على الأخ لأب بسبب قرابة الأم وقرابة الأم ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها ، كذا فى المبسوط والجامع الصغير لقاضيخان ، وفيه نظر لأن قرابة الأم ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها أصلا ، بخلاف قرابة الأب فى استحقاق الحضانة فإن لها ذلك عند عدم قرابة الأم . قال(وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها) كل من لها حق الحضانة ممن ذكرنا سقط حقها فيها إذا تزوجت لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم « أنت أحق به مالم تتزوجى » ولأن حق الحضانة للنظر للصغير وقد فات عند التزوج لأن زوج الأم يعطيه نزرا : أى قليلا ، وينظر إليه شزرا : أى نظر المبغض فلا نظر له إذ ذاك(إلا الجدة إذا كان زوجها الجد لأنه قائم مقام أبيه فينظر له ، وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد) كالعم إذا تزوج بأم الولد (لقيام الشفقة نظرا إلى القرابة القريبة . ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية لأن المانع قد زال ، فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيبا لأن الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب فى موضعه) فى باب الميراث وولاية الإنكاح ، فإن اجتمع إخوة لأب وأم فأصلحهم دينا وورعا أحق به لأن ضمه إليه أنفع لأنه

(قوله وإن لم يكن للصبي امرأة من أهله فاختصم الرجال) أقول : يعنى فاختصم فيه الرجال .

(والأم و الجدّة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده . وفى الجامع الصغير : حتى يستغنى فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده) والمعنى واحد لأن تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء . ووجهه أنه إذا استغنى يحتاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم ، والأب أقدر على التأديب والتثقيف ، والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب (والأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض لأن بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى . وعن محمد أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حدّ الشهوة لتحقق الحاجة إلى الصيانة .

من النساء أخذه الرجال ، وأولاهم أقربهم تعصيبا لأن الولاية عليه بالقرب ، ولذلك إذا استغنى عن الحضانة كان الأولى بحفظه أقربهم تعصيبا ، وقد عرف فى موضعه : أى فى الفرائض ، وأولى العصبات الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا ، ثم الأخ الشقيق ، ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب ، وكذا كل من سفل من أولادهم ، ثم العم شقيق لأب ، ثم الأب . فأما أولاد الأعمام فإنه يدفع إليهم الغلام فيبدأ بابن العم لأب وأم ، ثم ابن العم لأب ، ولا تدفع الصغيرة إليهم لأنهم غير محارم وإنما يدفع إليهم الغلام . وإذا لم يكن للصغيرة عصبة تدفع إلى الأخ لأم ثم إلى ولده ثم إلى العم لأم ، ثم إلى الخال لأب وأم ، ثم لأب ثم لأم ، لأن لهؤلاء ولاية عند أبى حنيفة رحمه الله فى النكاح . ويدفع الذكر إلى مولى العتاقة لأنه آخر العصبات ، ولا تدفع الأنثى إليه . ولو كان فى المحارم من الإخوة والأعمام من لايؤمن على صبى وصبية لفسقه ليس له حق فى الإمساك ، الكل من الكافى . وإذا اجتمع مستحقو الحضانة فى درجة كإخوة وأعمام فأصلحهم أولى ، فإن تساووا فأسنهم . وفى الفتاوى الصغرى : فإن لم يكن عصبة فإلى ذوى الأرحام على الترتيب (قوله حتى يأكل الخ) الذى فى الأصل حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده . وفى بعض نسخ النوادر : ويستنجي وحده ، فضمه المصنف إلى ماتقدم . وفى نوادر ابن رشيد : ويتوضأ وحده . وذكر شمس الأئمة أنه لابد من أن يستنجى وحده أنه لابد منه ليحصل الاستغناء . ثم من المشايخ من قال : المراد من الاستنجاء تمام الطهارة بأن يطهر وجهه وحده بلا معين . ومنهم من قال : بل من النجاسة ، وإلا لم يقدر على تمام الطهارة (قوله والخصاف رحمه الله قدر الاستغناء بسبع سنين) وعليه الفتوى كذا فى الكافى وغيره ، لا ما قيل إنه يقدر بتسع لأن الأب مأمور بأن يأمره بالصلاة إذا بلغها ؛ وإنما يكون ذلك إذا كان الولد عنده ، ولو اختلفا فقال ابن سبع وقالت ابن ست لايحلف القاضى أحدهما ولكن ينظر إن كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع وإلا فلا (قوله وعن محمد رحمه الله أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة) وهى

يتخلق بأخلاقه ، فإن تساووا فأكبرهم سنا أحق به لأن حقه أسبق ثبوتا فعند التعارض يترجح به كذا فى المبسوط . غير أن الصغيرة لاتدفع إلى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل تدفع إلى الخال تحرزا عن الفتنة ، كذا روى عن محمد . وذكر التمرتاشى : فإن لم يكن واحد من العصبة تدفع إلى الأخ لأم عند أبى حنيفة ثم إلى ذوى الأرحام الأقرب فالأقرب . وقال محمد : لاحق لذكر من قبل النساء والتدبير للقاضى يدفع إلى ثقة تحضنه . وقوله (والأم والجدة أحق بالغلام) واضح . وذكر رواية الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغنى وحذف لفظ يستنجى ، وذكر أن المعنى واحد وهو ظاهر . وقوله (اعتبارا للغالب) يعنى أن الصبى فى الغالب إذا بلغ سبع سنين يستغنى عن الحضانة والتربية فحينئذ يستنجى وحده . وقوله (تحتاج إلى معرفة آداب النساء) كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها (والمرأة على ذلك أقدر من الرجل وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين) بالتزويج ، وولاية التزويج إلى الأب وإلى الحفظ عن وقوع الفتنة (والأب فيه أقوى وأهدى)

(ومن سوى الأم والجدة أحق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى ، وفى الجامع الصغير : حتى تستغنى) لأنها لاتقدر على استخدامها ، ولهذا لاتؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود ، بخلاف الأم والجدة لقدرتهما عليه شرعا . قال (والأمة إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت كالحرة فى حق الولد) لأنهما حرتان أو أن ثبوت الحق (وليس لهما قبل العتق حق فى الولد لعجزهما) عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى. (والذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر)

رواية هشام عنه . وفى غياث المفتى الاعتماد على رواية هشام عن محمد لفساد الزمان . وعن أبى يوسف مثله . واختلف فى حد الشهوة ليبنى عليها أخذ الأب وثبوت حرمة المصاهرة ، قالوا : بنت تسع مشتهاة ، وخمس ليست مشتهاة ، وست وسبع وثمان إن كانت عبلة مشتهاة وإلا فلا (قوله ومن سوى الأم والجدة) يعنى الجدتين من قبل الأم والأب (قوله لأنها لاتقدر على استخدامها) شرعا ، وتعليم آداب النساء من الخبز والطبخ والغزل وغسل الثياب إنما يحصل بالاستخدام (بخلاف الأم والجدة لقدرتهما عليه شرعا) ولذا جاز أن تؤاجرها . قال الحاكم الجليل الشهيد : فإن كانت البكر دخلت فى السن واجتمع عقلها ورأيها وأخوها مخوف عليها فلها أن تنزل حيث أحبت فى مكان لايتخوف عليها (قوله والأمة إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت كالحرة فى حق الولد) وحال الحرة فيه أنه إن كان الولد رقيقا كان مولاه أحق به منها ، وإن كان حرا كانت أحق به من الزوج بعد الطلاق ، ومن مولاه إن كان له مولى أعتقه ، ومن مولاها إن كان ابنها منه قبل عتقها ، ولو فارقها زوجها وهى أمة فالولد لمولاها وهو أولى به من الأب لأنه مملوكه ، وكذا إذا كان الزوج حرا ولم يفارق أمه فالمولى أحق بالولد لكن لايفرق بينه وبين أمه للنهى عن ذلك ، ذكره فى الكافى . وفى التحفة : المكاتبة إن ولدت قبل الكتابة لاحق لها ، وإن ولدت بعده فهى أولى به لدخوله تحت الكتابة (قوله ويخاف) بالرفع استئنافا . وفى بعض النسخ : أو يخف

لأن للرجال من الغيرة ماليس بالنساء فيتمكن الأب من حفظها على وجه لاتتمكن الأم من ذلك. وروى هشام عن محمد أنها إذا بلغت حد الشهوة تدفع إلى الأب لتحقق الحاجة إلى الصيانة ، وحد الشهوة أن تبلغ إحدى عشرة سنة فى قولهم ، كذا فى النهاية . وقال الفقيه أبو الليث : حد الشهوة أن تبلغ تسع سنين ، وقيل إذا بلغت ست سنين أو سبعا أو ثمان إن كانت عبلة . وقوله (ومن سوى الأم والجدة) يعنى إذا كانت الصغيرة عند الأخوات أو الخالات أو العمات فإنها تترك عندهن إلى أن تبلغ حدا تشتهى على رواية القدورى ، وحتى تستغنى على رواية الجامع الصغير فتأكل وحدها وتلبس وحدها ، لأنها وإن كانت تحتاج إلى تعلم آداب النساء لكن فيه نوع استخدام للصغيرة وليس لغير الأم والجدتين ولاية الاستخدام (ولهذا لاتؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعليم ، بخلاف الأم والجدة لقدرتهما على الاستخدام شرعا . والأمة إذا أعتقها مولاها وأم الولد إذا أعتقت كالحرة فى حق الولد لأنهما حرتان أوان ثبوت الحق ، وليس لهما قبل العتق حق فى الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى ، والذمية أحق بولدها المسلم) بأن كان زوجها مسلما (مالم يعقل الأديان أو يخاف) بالرفع على الاستئناف وبالجزم عطفا على يعقل (أن يألف الكفر) لأن الدفع إليها قبل ذلك أنظر للصبى وبعده يحتمل الضرر بانتقاش

(قال المصنف : أو يخاف أن يألف الكفر) أقول : قال ابن الهمام : ويروى بالنصب أيضا على معنى إلى أن يخاف مثله فى قولك لألزمنك أو تقضينى حتى ولكن هذا فى أولا فى الواو اهـ . والموجود فى نسختنا هو أو .

للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده (ولا خيار للغلام والجارية) وقال الشافعي : لهما الخيار لأن النبي عليه الصلاة والسلام خير . ولنا أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلايتحقق النظر ، وقد صح أن الصحابة لم يخيروا ، أما الحديث فقلنا قد قال عليه الصلاة والسلام « اللهم اهده » فوفق لاختياره الأنظر بدعائه عليه الصلاة والسلام ، أو يحمل على ما إذا كان بالغا .

بالجزم عطفا على يعقل ، وتمنع أن تغذيه الخمر أولحم الخنزير ، وإن خيف ضم إلى ناس من المسلمين . ويروى بالنصب أيضا على معنى إلى أن يخاف مثله في قوله لألزمنك أو تقضيني حقي ، ولكن هذا في أو لا الواو . وقال الشافعي وأحمد ورواية عن مالك لاحضانة لها ، والمشهور عن مالك كقولنا وهو قول ابن القاسم وأبي ثور . وقوله للنظر قبل ذلك دافع لقولهم . وحاصله أن الأنظر للصغير أن يكون عند الأم لوفور شفقتها وزيادة قدرتها على التبتل بملاحظته ومصالحه وما فيه من احتمال الضرر الديني يرتفع بما ذكرنا (قوله ولاخيار للغلام) يعني إذا بلغ السن الذي يكون الأب أحق به كسبع مثلا أخذه الأب ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك . وعند الشافعي يخير الغلام في سبع أو ثمان . وعند أحمد وإسحاق يخير في سبع ، فإذا اختار أحدهما وسلم إليه ثم اختار الآخر فله ذلك ، فإن عاد واختار الأول أعيد إليه هكذا أبدا . قال في المغني : وهذا لم يقل به أحد من السلف ، والمعتوه لايخير ويكون عند الأم (قوله لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير) أخرج الأربعة عن أبي هريرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه » . قال الترمذي : حديث حسن صحيح . ولأبي داود والنسائي فيه قصة لأبي هريرة قبل أن يروي الحديث حاصلها أنه خير غلاما في واقعة رفعت إليه ثم روى الحديث ، ولفظه « سمعت امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت : يارسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : استهما عليه ، فقال زوجها : من يحاقني في ولدي ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه فانطلقت به » واستدل المصنف بالمعنى على عدم التخيير وهو ظاهر . وأجاب عن الحديث بوجهين : أحدهما أنه صلى الله عليه وسلم دعا أن يوفق لاختيار الأنظر على ما رواه أبو داود في الطلاق والنسائي في الفرائض

أحوال الكفر في ذهنه (ولا خيار للغلام والجارية) يعني بين الأبوين (وقال الشافعي : لهما ذلك) إذا بلغ سن التمييز ويسلم إلى من اختاره ، فإن اختار الأب لايمنع من الزيارة ، وإن اختار الأم فعلى الأب مراعاته وتسليمه إلى المكتب والحرفة (« لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير » غلاما بين الأبوين » روى رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم ، وقال رافع ابنتي فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية ، فأقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها ، فمالت الصبية إلى أمها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اللهم اهدها ، فمالت إلى أبيها فأخذها » (ولنا أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة) أي الخفض والراحة وكلامه واضح ، ولكن قوله (أو يحمل على ما إذا كان بالغا) فيه نظر ، لأن المذكور في قصة الصبية وقالت ابنتي وهي فطيم فكيف يصح حمله على ما إذا كان بالغا ؟ والجواب أن المصنف قال خير ولم يقل غلاما ولا غيره ليتناول ماروينا ، وماروي « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الأبوين من غير ذكر مايدل على الصغر » فأول المصنف رحمه الله الأول بقوله قلنا قد قال عليه الصلاة والسلام الخ ، والثاني بقوله أو يحمل على ما إذا كان بالغا

. . . .

عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان « أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فجاءا بابن لهما صغير لم يبلغ فأجلس النبي صلى الله عليه وسلم الأب هنا والأم هنا ثم خيره وقال : اللهم اهده ، فذهب إلى أبيه » وفى لفظ آخر « أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتى وهى فطيم ، وقال رافع ابنتى ، فأقعد النبي صلى الله عليه وسلم الأم ناحية والأب ناحية وأقعد الصبية ناحية وقال لهما ادعواها ، فمالت الصبية إلى أمها ، فقال صلى الله عليه وسلم : اللهم اهدها فمالت إلى أبيها فأخذها » وأخرجه الدارقطنى من طريق أبى عاصم النبيل عن عبد الحميد وسمى البنت عميرة . وأخرج ابن ماجه والنسائى فى سننه عن إسماعيل بن إبراهيم بن علية رضى الله عنه : حدثنا عثمان البتى عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أبى سلمة « أن أبوين اختصما فى ولد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدهما كافر ، فخيره النبي صلى الله عليه وسلم فتوجه إلى الكافر ، فقال : اللهم اهده ، فتوجه إلى المسلم فقضى له به » قال ابن القطان بعد ذكر الروايتين : اختلف فى أنه غلام أو جارية ولعلهما قضيتان . قال : وقد روى من طريق عثمان البتى عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أن أبويه اختصما فيه. رواه ابن أبى شيبة ورواه غيره ، وقال : فيه عبد الحميد عن يزيد بن سلمة ، ولا يصح ذلك لأن عبد الحميد بن سلمة وأباه وجده لايعرفون ، ولو صحت لا ينبغى أن يجعل خلافا لرواية أصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبدالحميد بن جعفر فإنهم ثقات ، وهو وأبوه ثقتان وجده رافع بن سنان معروف ، وأفاد أن المراد بقوله عن أبيه عن جده جد أبيه ، قال : فإنه عبدالحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن سنان ، ونحن نقول : إنه إذا اختار من اختاره الشرع دفع له ، لكن الوقوف على ذلك متعذر بتخيير غيره صلى الله عليه وسلم مع دعائه فيجب بعده صلى الله عليه وسلم اعتبار مظنة الأنظرية وهو فيما قلنا . ثانيهما أنه كان بالغا بدليل الاستقاء من بئر أبى عنبة ومن دون البلوغ لايرسل إلى الآبار للاستقاء للخوف عليه من السقوط فيه لقلة عقله وعجزه عنه غالبا ، ونحن نقول : إذا بلغ فهو مخير بين أن ينفرد بالسكنى وبين أن يكون عند أيهما أراد ، اللهم إلا أن يبلغ سفيها مفسدا فحينئذ يضمه إلى نفسه اعتبارا لنفسه بماله ، ولا نفقة له على الأب إلا أن يتطوع . أما الجارية فإن بلغت بكرا ضمها إلى نفسه ، وإن بلغت ثيبا فلها أن تنفرد بالسكنى إلا أن تكون غير مأمونة على نفسها لايوثق بها فللأب أن يضمها إليه ، وكذا الأخ ، وللعم الضم إذا لم يكن مفسدا ، وإن كان فحينئذ يضعها القاضى عند امرأة ثقة ، ولهذا صح أن الصحابة رضى الله عنهم لم يخيروا على ماتقدم من قصة عمر مع أبى بكر ، وما أسند عبد الرزاق عن عمر أنه خير ابنا بين أبيه وأمه فاختار أمه فانطلقت به محمول على أنه عرف ميل الابن إلى أمه وهى فى الواقع أحق بحضانته فأحب تطييب قلب الأب من غير مخالفة للشرع فخيره ، يدل عليه ماتقدم أنه لم يراجع أبا بكر الكلام . والجواب أن عدم المراجعة ليس دليلا لأن أبا بكر كان إماما يجب نفاذ مايحكم به من رأيه وإن خالف رأى المحكوم عليه ، فالوجه ماذكرنا ليوافق المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مما قدمناه أول الباب .

. . . .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

(فصل)

(وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك) لما فيه من الإضرار بالأب (إلا أن تخرج به إلى وطنها وقد كان الزوج تزوّجها فيه) لأنه التزم المقام فيه عرفا وشرعا ، قال عليه الصلاة والسلام : «من تأهل

(فصـــل)

إذا ثبت حق الحضانة للأم فأرادت أن تخرج بالولد إلى بلد آخر والنكاح قائم كان للزوج منعها لأن حق السكنى له بعد إيفاء معجل المهر خصوصا بعد ما خرجت معه ، وإن كانت بائنة وقد انقضت عدتها فلا يخلو من كون البلدة التى تريد الخروج إليها بلدها وقد وقع العقد فيها أو لا ، فى الأول ليس للأب منعها وإن بعدت كالكوفة من الشام إلا أن تكون دار حرب وهو مسلم أو ذمى وإن كانت هى حربية ، ولو كان كلاهما مستأمنا جاز لها ذلك لأنه لما عقد النكاح به فالظاهر أنه يقيم به غير أنه إذا خرج بعد ذلك وقد أعطاها المهر وجب عليها المتابعة أو تابعته بلا وجوب . وإذا زالت الزوجية لم تجب المتابعة فيعود الأمر إلى الأول ، ولو كانت الأولاد غيبا بأن تزوّجها مثلا بالبصرة فولدت له أولادا فخرج بهم إلى الكوفة ثم طلقها فخاصمته فيهم ليردهم إليها ، فإن أخرجهم بإذنها ليس عليه أن يجىء بهم إليها ويقال لها اذهبى إليهم فخذيهم ، وإن كان بغير إذنها فعليه أن يجىء بهم إليها . وفى الثانى له منعها سواء كان مصرها ولم يعقد فيه أو عقد فيه وليس مصرها على أصح الروايتين كما سيذكره المصنف إلا أن تخرج إلى مصر قريب ، بحيث لو خرج الأب لمطالعة الولد أمكنه أن يبيت فى أهله أو قريته كذلك وكان العقد فى قرية لأنه كالانتقال من حارة إلى حارة ، وإن لم يكن العقد فى قرية بل مصر فليس لها إخراجه إلى القرية القريبة ، هذا فيما بين الأب والأم . أما لو كانت الأم ماتت وصارت الحضانة للجدة فليس لها أن تنتقل بالولد إلى مصرها لأنه لم يكن بينهما عقد ، وكذا أم الولد إذا أعتقت لا تخرج الولد من المصر الذى فيه الغلام لأنه لا عقد بين الأب وأم الولد . ولنتكلم على فصول الكتاب (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم)

(فصـــل)

لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يفعله من الإخراج إلى القرى وغيره فى فصل على حدة (وإذا أرادت المطلقة) بعد انقضاء العدة (أن تخرج من المصر) فذلك على أربعة أقسام : إما أن تخرج إلى وطنها وقد وقع العقد فيه ، وإما أن تخرج إلى ما ليس وطنها ولم يقع فيه العقد ، وإما أن تخرج إلى وطنها ولم يقع العقد فيه ، وإما أن تخرج إلى غير وطنها وقد وقع العقد فيه . فهى الأقسام العقلية ، فإن اتفق أمران جميعا بأن تخرج إلى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز وإلا فلا كما ذكر فى الكتاب . وقوله (لأنه التزم المقام فيه عرفا وشرعا) دليل المستثنى . وقوله (ولهذا

ببلدة فهو منهم » ولهذا يصير الحربى به ذميا ، وإن أرادت الخروج إلى مصر غير وطنها وقد كان التزوّج فيه أشار فى الكتاب إلى أنه ليس لها ذلك ، وهذا رواية كتاب الطلاق ، وقد ذكر فى الجامع الصغير أن لها ذلك لأن العقد متى وجد فى مكان يوجب أحكامه فيه كما يوجب البيع التسليم فى مكانه ، ومن جملة ذلك حق إمساك الأولاد .وجه الأول أن التزوّج فى دار الغربة ليس

فى مسند ابن أبى شيبة : حدثنا المعلى بن منصور عن عكرمة بن إبراهيم الأزدى عن عبد الرحمن بن الحرث بن أبى ذباب ، أن عثمان رضى الله عنه صلى بمنى أربعا ثم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من تأهل فى بلدة فهو من أهلها يصلى صلاة المقيم » وإنى تأهلت منذ قدمت مكة ، ورواه أبو يعلى كذلك ولفظه : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذا تزوّج الرجل ببلد فهو من أهله » وإنما أتممت لأنى تزوّجت بها منذ قدمتها .

وقد ضعف عكرمة الأزدى (ولهذا يصير الحربى به ذميا) ظاهره أن بالتزوّج يصير الحربى ذميا ودفع فى الكافى بأنه خلاف المصرّح به بل لا يصير الحربى بالتزوّج فى دار الإسلام ذميا لأنه لا يستلزم التزام المقام لتمكنه من الطلاق والعود ، وإنما ذلك فى الحربية إذا تزوّجت فى دار الإسلام تصير ذمية لعدم كون الطلاق فى يدها فيكون التزاما وإنما يصح بحمل الحربى على إراده الشخص الحربى فيصح مرادا به الحربية وبتجويز أن يكون مرجع الضمير التزام المقام . قال : وهو ظاهر لو سيق الكلام له . وفى النهاية : وجدت بخط شيخى ليس فى النسخة التى قوبلت مع نسخة المصنف هذه الجملة بل اتصل قوله وإن أرادت الخروج بقوله فهو منهم ، وما ذكرهنا فى بعض النسخ وقع سهوا انتهى. وعلى هذا لا حاجة إلى تكلف توجيهه بما قلنا وبغيره ، وتحميل المصنف إياه مع أنه لا يصح لأن مرجع الضمير إن كان التزوّج فهو تزوّج الرجل فلا يصح الاستيضاح بتزوّج المرأة الحربية على صيرورته من أهلها ، والحال أن صيرورتها كذلك لأمر يخصها لا يوجد فى حقه ، وإن كان التزام المقام فليس السوق لإثباته (قوله أشار فى الكتاب) أى القدورى وقيل المبسوط ، والأول أولى لأنه معتاد المصنف ، ولا يستفاد الثانى لعدم المعهودية . ووجهه أن قوله إلا أن تخرج بها إلى وطنها يفيد أن غيره داخل فى الحظر ، والذى وقع فيه التزوّج غير وطنها . وقوله وهو رواية كتاب الطلاق : أى من الأصل ، وفى العكس وهو ما إذا أرادت الانتقال إلى مصرها ولم يقع فيه العقد لم يكن لها الانتقال به باتفاق الروايات (قوله كما يوجب البيع التسليم فى مكانه) أى إذا كان

يصير الحربى) أى الشخص الحربى ذكرا كان أو أنثى (به) أى بالتزوّج فى بلدة (ذميا) قال فى النهاية : وهذا وقع غلطا لأن المصنف ذكر فى السير وذكر أيضا فى سير سائر الكتب : إذا تزوج المستأمن ذمية لا يصير ذميا لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع . وأجيب بأن الضمير فى به راجع إلى التزام المقام ، وفيه نظر لأنه يئول إلى أن يقال إنه بالتزوّج فى بلد التزم المقام ، وبالتزام المقام يصير الحربى ذميا ، ويلزم منه أنه بالتزوّج فى بلد يصير الحربى ذميا فعاد المحظور ، وإن لم يجعل متعلقا بذلك ينقطع الكلام عما قبله ولا يبقى له اتصال فى محل البحث فلا يليق ذلك بمثل المصنف وغير بعضهم لفظ الحربى إلى الحربية ؛ ويجوز أن يقال : لا حاجة إلى تغيير اللفظ لجواز أن يكون الحربى صفة لشخص كما قدرنا فى أول البحث ، وحينئذ يراد به الحربية ، ولكن ذكره بتأويل الشخص وبهذا يخرج عن كونه غلطا إلى كونه ملبسا ، ومنهم من جعله من باب القياس والاستحسان فجعل ما ذكر ههنا وجه القياس لأن التزوّج فى بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا وعرفا لاسيما إذا كانت المرأة ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة ، وما ذكر فى السير وجه الاستحسان لأن التزوّج وإن صلح دليلا على التزام المقام كتزوّج الحربية

(قوله ويجوز أن يقال لاحاجة ، إلى قوله : لأن التزوج فى بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا) أقول : ولا يخفى عليك مافيه.

التزاما للمكث فيه عرفا ، وهذا أصح . والحاصل أنه لابد من الأمرين جميعا : الوطن ووجود النكاح ، وهذا كله إذا كان بين المصرين تفاوت ، أما إذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت فى بيته فلا بأس به ، وكذا الجواب فى القريتين ؛ ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر لابأس به لأن فيه نظرا للصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر وليس فيه ضرر بالأب ، وفى عكسه ضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق أهل السواد فليس لها ذلك .

المبيع فى ذلك المكان لامطلقا ، فإن فى الفتاوى : من باع شعيرا والشعير فى القرية والمشترى يعلم ذلك يستحق تسليمه فى مكانه لافى مكان العقد ، وإن لم يعلم فهو بالخيار إن شاء تسلمه فى مكانه وإن شاء فسخ ، ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار فكذا حق إمساك الأولاد لأن الأولاد من ثمرات النكاح فيجب مراعاة الثمرات فى مكان العقد اعتبارا للثمرات بالأحكام من وجوب التسليم والتسلم (قوله تفاوت) أى بعد ، وفى عكسه وهو أن ينتقل من المصر إلى القرية لايجوز ، وإن كانت القرية قريبة إلا إذا وقع العقد فيها وهى قريتها فحينئذ لها ذلك ، ذكره فى شرح الطحاوى . وفى شرح البقالى ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك أولا ، والأول هو المنصوص . ذكر الحاكم الشهيد فى الكافى الذى هو كلام محمد : إذا كان أصل النكاح فى رستاق وله قرى متفرقة فأرادت أن تخرج بهم من قرية إلى قرية فلها ذلك ، إن كانت القرى قريبة ينظر بعضها إلى بعض مالم يكن ذلك يقطعه عن أبيه إذا أراد أن ينظر إليه من يومه . وإذا أرادت أن تخرجه من مصر جامع إلى قرى ، إن كانت قريبة منها فليس لها ذلك إلا أن يكون النكاح وقع فى تلك القرى . وفيه أيضا : وليس للمرأة أن تشترى لولدها وتبيع وإن كانت أحق به إلا أن تكون وصية ، والله أعلم .

للذمى إلا أن قبول الجزية الموجب للذل والصغار مانع . ورد بأن هذا القياس والاستحسان غير منقول عن السلف فلا يصح بناء الجواب على ذلك . وأجاب شيخى شيخى العلامة عبد العزيز بأنه لما وجد معنى القياس والاستحسان لاوجه إلى المنع من إطلاق الاسم عليهما . وأقول : إن ثبت فى حربى يتزوج فى بلد المسلمين أن يصير به ذميا روايتان صح استخراج وجه القياس والاستحسان وإلا فلا . وقوله فى الكتاب يريد به القدورى ووجه كل مما فى القدورى والجامع الصغير ماذكره فى الكتاب وهو واضح ، وأما فى عكس هذه المسئلة وهى أن تخرج إلى وطنها ولم يكن العقد بها فليس لها أن تنتقل بالأولاد إليها باتفاق الروايات , وأما القسم الآخر وهو مالا يكون وطنها ولا وقع العقد فيه فقد اقتصر عن ذكره لظهوره من الأقسام الباقية (قوله والحاصل) ظاهر مما ذكرنا . قال صاحب النهاية بعد وجود هذين الوصفين : لابد من وصف آخر هو شرط فيه أيضا ، وهو أن لاينتقل إلى دار الحرب وإن كانت وطنها ووقع العقد فيها ، وفيه نظر لأن الحربية بالتزوج فى دار الإسلام تصير ذمية فأنى يتسنى لها الانتقال إليها . والجواب أن مراده مسلم عقد على مسلمة فى وطنها دار الحرب فخرجا إلينا ووقعت الفرقة فيما بينهما فأرادت الخروج إلى دار الحرب بولدها لم تمكن من ذلك وإن وجد الأمران جميعا والباقى ظاهر .

مع أنه مخالف لما يذكره المصنف فى وجه مافى مختصر القدورى أن التزوج فى دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا فتأمل فى جوابه (قوله وأقول إن ثبت فى الحربى الخ) أقول : فيه تأمل (قوله وفيه نظر لأن الحربية بالتزوج الخ) أقول : فيه أن الفرض وقوع العقد فى دار الحرب فكيف يتمشى النظر ؟

(باب النفقة)

قال (النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة إذا سلمت نفسها إلى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها) والأصل فى ذلك قوله تعالى ـ لينفق ذو سعة من سعته ـ وقوله تعالى ـ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ـ وقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث حجة الوداع « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ولأن النفقة جزاء الاحتباس

(باب النفقة)

النفقة مشتقة من النفوق : وهو الهلاك ، نفقت الدابة نفوقا هلكت ، أو من النفاق وهو الرواج ، نفقت السلعة نفاقا راجت . وذكر الزمخشرى أن كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونفى ونفد . وفى الشرع الإدرار على الشىء بما به بقاؤه ثم نفقة الغير تجب على الغير بأسباب الزوجية والقرابة والملك ، فبدأ بالزوجات إذ هى الأصل فى ثبوت النفقة للولد لأنه فرعها ، ثم بالسبب الأبعد . والأصل فى ذلك قوله تعالى ـ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ـ مرجع الضمير للوالدات المتقدم ذكرهن ، قيل

(باب النفقة)

لما فرغ من بيان حق الحضانة للولد ومن لها الحضانة احتاج إلى بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرد بذكر ما يحتاج إليه من السكنى وغيره . والنفقة اسم بمعنى الإنفاق ، وهو عبارة عن الإدرار على الشىء بما به يقوم بقاؤه . ونفقة الشخص على غيره تجب بأسباب : منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك . وفتح الباب بنفقة الزوجات لأن الزوجية أصل النسب فيقدم عليه والنسب أقوى من الملك لأن النفقة على الولد كالإنفاق على نفسه لكونه جزءا منه وكذا على الوالدين . قال (النفقة واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت أو كافرة إذا سلمت نفسها إلى منزله) قال فى النهاية : هذا الشرط ليس بلازم فى ظاهر الرواية فإنه ذكر فى المبسوط ، وفى ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وإن لم تنتقل إلى بيت الزوج ، ألا ترى أن الزوج لو لم يطلب انتقالها إلى بيته كان لها أن تطالبه بالنفقة . وقال فى الإيضاح : وهذا لأن النفقة حق المرأة والانتقال حق الزوج ، فإذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها (والأصل فى ذلك) أى فى وجوب النفقة (قوله تعالى ـ لينفق ذو سعة من سعته ـ) أمر بالإنفاق والأمر للوجوب (وقوله تعالى ـ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ـ) أى بالوسط . وقال الزجاج فى تفسيره بما يعرفون أنه العدل على قدر الإمكان ، وكلمة على للوجوب (وقوله صلى الله عليه وسلم) فى حجة الوداع) « أوصيكم بالنساء خيرا فإنهن عندكم عوان ، اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، وإن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا ، وأن لا يأذن فى بيوتكم لأحد تكرهونه ، فإذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح » (و) إن (لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف ، ولأن النفقة جزاء الاحتباس

(باب النفقة)

أقول : النفقة فى الشرع الإدرار على الشىء بما به بقاؤه .

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه : أصله القاضى والعامل فى الصدقات . وهذه الدلائل لافصل فيها فتستوى فيها المسلمة والكافرة (ويعتبر فى ذلك حالهما جميعا) قال العبد الضعيف :

هى الزوجات ، وقيل هى المطلقات ، والأول هوالظاهر . وقال تعالى ـ لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لايكلف الله نفسا إلا ما آتاها ـ وقال تعالى ـ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ـ وقرأ ابن مسعود « أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم » وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى خطبته بعرفة فى حجة الوداع كما قدمناه فى ضمن حديث جابر الطويل فى الحج « فاتقوا الله فى النساء فإنهن عوان عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لايوطئن فرشكم أحدا تكرهونه ، فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » رواه مسلم وغيره . وفى الصحيحين « أن هندا بنت عتبة قالت : يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لايعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنىّ إلا ما آخذ من ماله بغير علم ، فقال صلى الله عليه وسلم : خذى من ماله بالمعروف مايكفيك ويكفى بنيك » والأحاديث كثيرة فى الباب ، وعليه إجماع العلماء . وما نقل عن الشعبى رحمه الله من قوله : ما رأيت أحدا جبر على نفقة أحد يجب تأويله ، والله أعلم بصحته (قوله وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره) أى لمنفعة ترجع إلى غيره كان نفقته عليه ، فخرج الرهن فإن نفقته على الراهن لأن منفعة حبسه ليست متمحضة للمرتهن بل مشتركة ، وخرج المنكوحة نكاحا فاسدا حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر أنه فاسد رجع عليها بما أخذت ، أما لو أنفق عليها بلا فرض القاضى فلا يرجع . وفى الفتاوى : رجل اتهم بامرأة فظهر بها حبل فزوّجت منه ، فإن لم يقرّ بأن الحبل منه كان النكاح فاسدا عند أبى يوسف وعندهما صحيح فتستحق النفقة . وذكر فى موضع آخر لاتستحقها عندهما أيضا لأنه ممنوع عن وطئها ، ولو أقرّ أنه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطئها وتقدم أصله فى المحرمات ، والله أعلم (قوله أصله العامل فى الصدقات) والمفتى والوالى والقاضى والمضارب إذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة إذا قاموا بدفع عدوّ المسلمين والنساء محبوسات صيانة للمياه عن الاشتباه فتجب نفقتهن عليهم مسلمات كنّ أو لا ولو غنيات . وقوله إذا سلمت نفسها فى منزله ليس شرطا لازما فى ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وإن لم تنتقل إلى منزل الزوج إذا لم يطلب الزوج انتقالها . فإن طلبه فامتنعت لحق لها كمهرها لاتسقط النفقة أيضا ، وإن كان لغير حق حينئذ لانفقة لها لنشوزها . وقال بعض المتأخرين : لانفقة لها حتى تزف إلى منزل الزوج ، وهو رواية عن أبى يوسف ، واختارها القدورى وليس الفتوى عليه . وقول الأقطع الشيخ أبى نصر فى شرحه : إن تسليمها نفسها شرط بالإجماع منظور فيه ، ثم قرره على وجه يرفع الخلاف وهو أنه إذا لم ينقلها إلى بيته ولم تمتنع هى تجب النفقة لأنها سلمت نفسها ولكنه رضى ببطلان حقه حيث ترك النقلة فلا يسقط

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضى والعامل فى الصدقات) ونوقض بالرهن فإنه محبوس بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق ونفقته ليست عليه بل هى على الراهن . وأجيب بأن الرهن محبوس بحق الراهن أيضا وهو كونه موفيا عند الهلاك ولهذا لم تجب النفقة على المرتهن (وهذه الدلائل) يعنى التى ذكرها من الكتاب والسنة (لافصل فيها فيستوى المسلمة والكافرة ويعتبر فى ذلك حالهما) هذا لفظ القدورى

وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى، وتفسيره أنهما إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار، وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار، وإن كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات. وقال الكرخي: يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى ـ لينفق ذو سعة من سعته ـ وجه الأول قوله عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبي سفيان « خذي من مال زوجك مايكفيك وولدك بالمعروف » اعتبر حالها

حقها (قوله وعليه الفتوى) اختار المصنف قول الخصاف وقول الكرخي هو ظاهر الرواية، وقال به جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رحمه الله وقال في التحفة إنه الصحيح. ولا خلاف في وجوب نفقة اليسار في يسارهما والإعسار في إعسارهما، وإنما يظهر الخلاف في الاختلاف كما إذا كانت موسرة وهو معسر فعلى مختار المصنف يجب في الأول نفقة فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة وكذا في عكسه، وعلى ظاهر الرواية يجب في الأول نفقة الإعسار لأنها وإن كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين، وفي الثاني نفقة الموسرين والمصنف لم يذكر تمام الأقسام التي بها يتم تفسير قول الخصاف، بل ترك ما إذا كانت موسرة والزوج معسر وكأنه لاتحاد جوابه بجواب ماذكره وهو ما اذا كانت معسرة وهو موسر. وكان الأولى حينئذ أن يقول: فإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا واقتصر في الاستدلال لمذهب الخصاف على حديث هند وقال فيه اعتبر حالها ووجهه أنه يصلح ردا لاعتبار حاله فقط: يعني إذا ثبت اعتبار حالها في هذا الحديث يطل قولكم يعتبر حاله فقط. ثم اعتبار حاله ثابت لابد منه باتفاق القائلين القائل باعتبار حاله والقائل باعتبار حالهما. ويورد عليه أن حديث هند خبر واحد، وقوله تعالى ـ لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ـ مطلق في اعتبار ثبوت حال الموسر معسرة كانت الزوجة أولا والمعسرة معسرة كانت أولا، فاعتبار حالهما زيادة موجبة لتغيير حكم النص، إذ توجب الزيادة في موضع يقتضي النص فيه عدمها، وعدمها في موضع يقتضي فيه وجودها وذلك لايجوز، وأفاد المصنف دفع هذا بقوله: وأما النص فنقول بموجبه إنه مخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته، فإنه يفيد أن المفاد بالنص اعتبار حاله في الإنفاق، ونحن نقول إن المعسر لاينفق فوق وسعه وهو لاينفي اعتبار حالها

قال المصنف (وهذا) أي اعتبار حالهما في ذلك (اختيار الخصاف وعليه الفتوى، وتفسيره) أي تفسير قول الخصاف وهو على أربعة أقسام: قسمة عقلية، إما أن يكونا موسرين أو معسرين، أو الزوج موسرا والزوجة معسرة، أو بالعكس من ذلك. في الأول تجب نفقة اليسار، وفي الثاني نفقة الإعسار، وفي الثالث نفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات إذا كان الزوج يأكل الحلوى والحمل المشوى والباجات والمرأة كانت تأكل في بيتها خبز الشعير لايؤمر الزوج بأن يطعمها ما يأكل بنفسه ولا ما كانت المرأة تأكل في بيتها ولكن يطعمها فيما بين ذلك، يطعمها خبز البر وباجة أو باجتين. ولم يذكر المصنف القسم الرابع لأنه يعلم من القسم الثالث، فإن الخصاف ذكر في كتابه: يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطا، فيقال له: تكلف أن تطعمها خبز البر وباجة أو باجتين كي لايلحقها الضرر، ولم يزد على مافهم من القسم الثالث من توسيط الحال. وقال: وفي ظاهر الرواية يقول لما زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج إلا بحسب حاله (وقال الكرخي: يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي) وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا. والدليل عليه (قوله تعالى ـ لينفق ذو سعة من سعته ـ) ـ ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ـ اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعا وأمره بالإنفاق فلا مصير إلى غيره. وجه الأول يعني قول الخصاف في اعتبار حالهما (قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان) روى

(قوله فإن الخصاف ذكر في كتابه يعرض لها نفقة) أقول: يعني القاضي يفرض لها نفقة.

وهو الفقه فإن النفقة تجب بطريق الكفاية ، والفقيرة لاتفتقر إلى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة ، **ونحن** نقول بموجب النص أنه يخاطب بقدر وسعه والباقى دين فى ذمته ، ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين أنه لامعنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعى أنه على الموسر مدّان وعلى المعسر مدّ وعلى المتوسط مدّ ونصف مدّ ،

فى قدر مايجب لها ، والحديث أفاده فلا زيادة على النص لأن موجبه تكليفه بإخراج قدر حاله ، والحديث أفاد اعتبار حالها فى القدر الواجب لا المخرج فيجتمعان بأن يكون الواجب عليه أكثر مما إذا كانت موسرة وهو معسرا ويخرج قدر حاله فبالضرورة يبقى الباقى فى ذمته ، اللهم إلا أن يقال : يجوز علمه صلى الله عليه وسلم بأن زوجها كان موسرا فلم ينص على حاله وأطلق لها أن تأخذ كفايتها ، وهذا ليس فيه اعتبار حالها فإن الكفاية تختلف ، ثم هذا البحث يتجه بالنسبة إلى هذه الآية ، أما بالنسبة إلى قوله تعالى ـ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ـ فلا لأنه اعتبر فى نفس الواجب المفاد بلفظ على حاله إلا أن هذه فى المتعة لا فى النفقة ، ويدعى الفرق بين المتعة والنفقة بناء على أنها ليست مسلوكا بها مسلك الكسوة بل هى بدل نصف المهر ، أو أن قوله ـ متاعا بالمعروف ـ الآية يقيده بالقدرتين : أى على الموسع قدره مع قدرها وكذا الآخر ، وهذا لأن المعروف أن لايدفع للفائقة مايدفع للفقيرة (قوله وهو الواجب) أى الوسط هو الواجب بعد اعتبار حالهما . وقد يقال لايتمشى على جميع أقسام تفسير قول

البخارى بإسناده إلى عائشة رضى الله عنها « أن هندا بنت عتبة قالت : يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لايعطينى ما يكفينى وولدى إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم » فقال : خذى مايكفيك وولدك بالمعروف » فاعتبر حالها) ولقائل أن يقول : هذا الدليل غير مطابق للمدعى لأن المدعى هو الاعتبار بحالهما . والحديث يدل على اعتبار حالها على ماصرح به الشيخ . ويمكن أن يجاب عنه بأن المحتاج إليه هو بيان اعتبار حالها . وأما اعتبار حاله فالآية تدل عليه والخصم يقول به ، فإذن الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها ، فوجب الجمع بينهما بأن يكون حاله معتبرا من وجه وحالها كذلك . فإن قيل : هذا على تقدير التعارض والحديث لايعارض الآية لكونه من الآحاد . فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى ـ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ـ فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما . قال المصنف اختيارا منه لقول الخصاف (وهو) أى اعتبار حالهما هو (الفقه ، فإن النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لاتفتقر إلى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة) يعنى على كفايتها نظرا إلى حال الزوج . وأجاب عن قوله تعالى ـ لينفق ذو سعة من سعته ـ بقوله (ونحن نقول بموجب النص أنه يخاطب أن ينفق بقدر وسعه) لئلا يلزم التكليف بما ليس فى الوسع ، لكن إن زادت كفايتها على ما فى وسعه يكون الباقى دينا فى ذمته عملا بالدليلين كما مر ولا يؤديه مع العجز . وقوله (ومعنى قوله بالمعروف الوسط) إشارة إلى ماقدمنا أن تفسير قوله تعالى ـ وكسوتهن بالمعروف ـ الوسط ليكون جوابا عن قول الخصم إنه تعالى قال ـ وعلى المولود له ـ اعتبر الرجل ، وقال ـ بالمعروف ـ إشارة إلى أن لايزاد على ما فى وسعه إن كانت حالتها تقتضيه . ووجه كونه جوابا أنه إذا كان مفسرا بالوسط فالوسط هو الذى يكون بين حال الرجل وحال المرأة وهو الواجب (قوله وبه) أى بقوله صلى الله عليه وسلم لهند « خذى من مال زوجك مايكفيك ») يتبين أنه لامعنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعى أنه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف ،

(وقوله والحديث لايعارض الآية لكونه من الآحاد) أقول : لايبعد أن يدعى شهرته (قوله فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى ـ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ـ فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين الخ) .

لأن ماوجب كفاية لايتقدّر شرعا فى نفسه (وإن امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة) لأنه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فائت (وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله) لأن

الخصاف رحمه الله بل فى أوساط الحال وفى اختلافهما باليسار والإعسار فإن الواجب فوق الإعسار ودون نفقة اليسار وهذا وسط . وأما فى يسارهما فيمكن أن يقال تجب نفقة هى وسط فى اليسار ، وأما فى إعسارهما فيجب أيضا نفقة وسط فى الإعسار وهو بعيد ، فإنه إذا فرض أن إعسارهما غاية فى الإعسار فإنما تجب الغاية فيه لأن اعتبار حاله أو حالهما لايوجب غير ذلك . والوجه أن المراد بالمعروف فى قوله صلى الله عليه وسلم « خذى من ماله بالمعروف مايكفيك » ما يقابل المنكر فيستقيم ، فإن المعروف فى متوسطة الحال أن كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ذلك ليساره وعند غاية إعسارها وإعساره المعروف دون التوسط فيه . والحاصل أن على القاضى اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض فى كل وقت وباعتبار الحال من اليسار والإعسار ، وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الإدام لأن الخبز لايؤكل إلا مأدوما (قوله لأن ماوجب كفاية لايتقدر شرعا فى نفسه) لأنه يختلف باختلاف الطبائع وأحوال الناس وباختلاف الأوقات . وفى المبسوط : وكل جواب عرف من اعتبار حاله أو حالهما فى النفقة ففى الكسوة مثله ، وإذا اختلفا فى اليسار والإعسار فالقول قول الزوج فى العسرة ، كذا فى الأصل . وأشار شيخ الإسلام إلى أن القول قولها إنه قادر ، وهو ما ذكره محمد فى الزيادات . ومن المتأخرين من قال : ينظر إلى زيه إلا فى العلوية والفقهاء ، وإذا كان القول قوله ولا بينة لها فسألت القاضى أن يسأل عن يساره فى السرّ فليس ذلك على القاضى ، وإن فعله فأتاه عنه أنه موسر لم يفرض عليه نفقة الموسر إلا أن يخبره بذلك عدلان أنهما علما ذلك ويكونان بمنزلة الشاهدين : فإن أخبراه من وراء وراء لم يؤخذ بقولهما ، فإن أقامت البينة أنه موسر فأقام الزوج أنه محتاج أخذ ببينتها وفرض عليه نفقة الموسر ، كذا فى كافى الحاكم (قوله حتى تعود إلى منزله)

لأن ما وجب كفاية . لايتقدر فى نفسه شرعا) لأنه مما يختلف فيها أحوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الأوقات والأماكن ، ففى التقدير قد يكون إضرارا . قال (وإن امتنعت من تسليم نفسها) إن امتنعت المرأة عن تسليم نفسها قبل الدخول أو بعده على قول أبى حنيفة ، فإما أن يكون الامتناع بحق مثل أن تطلب المهر المعجل أولا ، فإن كان الأول فلها النفقة لأن كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها ، فطالبة أحدهما لايسقط الآخر ، وإن كان الثانى فهى ناشزة لأن الناشزة هى الخارجة من منزل الزوج المانعة منه نفسها وهذه كذلك ، وإنما قيل الخارجة من منزل الزوج لأنها إذا كانت ساكنة معه فالظاهر أن الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعا أو كرها فلا تبطل النفقة ، فإن كان المنزل ملكا لها وهو يسكن معها فيه فمنعته من الدخول عليها فهو بمنزلة الخروج من بيته ، وإذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله لأن فوت الاحتباس منها ، وإذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة . فإن قيل : الدلائل الدالة على وجوب النفقة لاتفصل بين الناشزة وغيرها فما وجه حرمانها عنها ؟ فالجواب أنا لانسلم أنها لم تفصل لأنه تعالى قال ـ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ـ وذلك قد يشير إلى تسليم النفس لأن الولادة بدونه لاتتصور .

أقول : من تأمل فى كلام المصنف تبين له عدم مطابقة هذا الشرح للمشروح فإنه ينادى على أن لامعارضة بينهما .

فوت الاحتباس منها ، وإن عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة ، بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لأن الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها (وإن كانت صغيرة لايستمتع بها فلا نفقة لها) لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها ، والاحتباس الموجب مايكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد ، بخلاف المريضة على ما نبين .

يفيد أن النشوز المستعقب لسقوط النفقة مأخوذ فيه خروجها عن منزله ، والتحرير أن المأخوذ فيه عدم موافقتها على المجيء إلى المنزل سواء كان بعد خروجها أو امتنعت عن أن تجيء إلى منزله ابتداء بعد إيفائه معجل مهرها أو عدم تمكينها إياه من الدخول في منزلها المملوك لها الذي كانت تسكن معه فيه قبل أن تسأله أن يحولها إلى منزله أو يكترى لها منزلا ، فإن كانت سألته في ذلك لتنتفع بملكها فأبى فمنعته الدخول كان لها النفقة . وفي الفتاوى : وقالت إنما خرجت لأنك ساكن في أرض مغصوبة لاتكون ناشزة . وفي الفتاوى للنسفي : لو كان بسمرقند وهي بنسف فبعث إليها أجنبيا ليحملها إليه فأبت لعدم المحرم لها النفقة (قوله لايستمتع بها) أي لاتوطأ . وصرح في الذخيرة بأن المراد من الاستمتاع الوطء ، وبه قيد الحاكم قال : لانفقة للصغيرة التي لاتجامع فلا نفقة لها إلى أن تصير إلى حالة تحتمل الوطء سواء كانت في بيت الزوج أو الأب . واختلف فيها ، فقيل أقلها سبع سنين ، وقال العتابي : اختيار مشايخنا تسع سنين . والحق عدم التقدير ، فإن احتماله يختلف باختلاف البنية ، وعلى قولنا جمهور العلماء والشافعي في قوله المختار عندهم . وفي قول له : تجب وإن كانت في المهد لإطلاق النص وهو قول الثوري والظاهرية . قلنا : أما قوله تعالى ـ وعلى المولود له رزقهن ـ فرجع الضمير للوالدات فلا يتناول الصغائر . وأما قوله تعالى ـ لينفق ذو سعة من سعته ـ فإنما فيه الأمر بالإنفاق : يعني على من يستحقها ، ولم ينص على من يستحقها ، فثبوت من يستحقها خارج على أنه لو صرح بالزوجات فيها كان المراد بعضهن ؛ ألا ترى أن ليس كل زوجة تستحقها كالناشزة فيعمل في تعيين ذلك البعض بالدليل الذي يعينه . وأما حديث جابر فقوله صلى الله عليه وسلم فيه « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فرجع الضمير فيه النساء اللاتي حلت فروجهن ، ونقول لايحل فرج من لاتطيق الجماع فإنه إهلاك أو طريقه . ولو سلم فالإتفاق على أن عمومه غير مراد ، فإن الناشزة لا نفقة لها وهي زوجة فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهو ماذكره في الوجه . وحاصله أن الزوجة أجنبية ، فاستحقاقها النفقة إما أن يكون لذلك النوع من الملك الوارد عليها على قصوره إلحاقا للمالك القاصر بالملك الكامل في المرقوقة ،

وقوله (بخلاف ما إذا امتنعت) متصل بقوله لأن فوت الاحتباس منها . وقوله (وإن كانت صغيرة لايستمتع بها) أي لاتوطأ (فلا نفقة لها) سواء كانت في منزل الزوج أولم تكن حتى تصير إلى الحالة التي تطيق الجماع (لأن امتناع الاستمتاع إنما هو لمعنى فيها ، والاحتباس الموجب للنفقة هو ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح) وهو الجماع أو دواعيه (ولم يوجد) لأن الصغيرة التي لاتصلح للجماع لاتصلح لدواعيه لأنها غير مشتهاة ، واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوهما ، فإن المقصود المستحق بالنكاح فائت ولهن النفقة . وأجيب بأن الدواعي غير فائتة بأن يجامعهن تفخيذا أو غيره ، بخلاف الصغيرة لما ذكرنا ، حتى قالوا : إن كانت الصغيرة مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة

(قوله مستحق بالنكاح وهو الجماع) أقول : الأظهر الموافق لما ذكر في أواخر باب العنين أن يقول وهو التمكن من الجماع .

وقال الشافعي : لها النفقة لأنها عوض من الملك عنده كما فى المملوكة بملك اليمين . ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوّض واحد فلها المهر دون النفقة

أو لاحتباسها لاستيفاء المنفعة المقصودة من التزويج : أعنى الوطء أو دواعيه ، أو لاحتباسها مطلقا لايجوز الأول لأن إيجابها بسبب ملك كامل لايستلزم إيجابها بسبب ملك ناقص ، إذ ليس هو فى معناه إلا أن يكون إيجابها فى الكامل لمعنى تضمنه وهو موجود فى الناقص فتجب فيه لذلك المشترك لا للملك ، ولو عين ذلك المشترك لكان احتباسها على أحد الأوجه التى ذكرناها وسنوردها وجها وجها ، وأيضا عوض الملك هنا المهر فلا تكون النفقة أيضا عوضا وإلا اجتمع عن المعوض الواحد عوضان ، ولا يمكن جعل العوض الواحد مجموع المهر والنفقة كما لو تزوّجها على ألف وعبد لأن الملك معوض يثبت جملة وهو تمام العلة لعوضه فلا بد من كون عوضه يثبت أيضا كذلك وذلك المهر دون النفقة لأنها تجب شيئا فشيئا ، ولو كانت جزءا من العوض لزم جهالة أى العوضين فإنما تجب بحادث شيئا فشيئا وهو الاحتباس نظرا الى بقائه وهذا طريق المصنف ، وعلى هذا يجب أن يقول النفقة فى المرقوقة أيضا جزاء الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستخدام الذى من جملته الوطء إن أمكن لا للملك وهذا حق ؟ ألا يرى أنه لانفقة للآبق مع قيام الملك ولا يجوز الأخير لانتقاضه بالناشزة ، وأما الثانى فهو العلة لظهور أثره فى حق القاضى والمفتى والعامل على الصدقات ومن تقدم ، وإنما لم نقل فتعين الثانى عقيب إبطال الأقسام لئلا يكون مبرأ ، فلما أثبتنا المناسبة بظهور الأثر لم يبق إلا صورة السبر وإنما هو فى الحقيقة إثبات عاية ماعيناه بظهور أثره وإبطال ماعينوه . هذا وقد نقض بالرتقاء والقرناء والتى أصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التى لايمكن وطؤها لكبرها فإن لهن النفقة ولا احتباس للوطء . وأجيب بأن المعتبر فى إيجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع أو الدواعى والانتفاع من حيث الدواعى موجود فى هؤلاء بأن يجامع فيما دون الفرج ، بخلاف الصغيرة التى لايجامع مثلها فإنها لاتكون مشتهاة أصلا فلا تجامع فيما دون الفرج حتى إن كل عاقل يستنكر جماع الرضيعة فيما دون الفرج ، ولا يستنكر ذلك فى العجوز والمريضة . قالوا : فعلى هذا التعليل إذا كانت صغيرة مشتهاة يمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة ، كذا فى الذخيرة ، وهذا على من قيد الصغيرة بكونها لاتشتهى للجماع فرض محال ، لأنها إذا لم تكن بحيث تشتهى للجماع لاتكون مشتهاة للجماع فيما دون الفرج . نعم هنا شىء وهو أن قولنا الصغيرة التى لايوطأ مثلها هل معناه لاتشتهى للوطء أو لاتطيق الوطء ، فإن كان الأول فالملازمة حقة ، وإن كان الثانى فإن ثبت التلازم بين عدم الإطاقة وعدم الاشتهاء فكذلك وإلا فهو فرض صحيح . والظاهر التلازم بناء على أن المراد عدم الإطاقة مطلقا ولا من واحد ممن يطيق الوطء ، والظاهر أن من كانت بحيث تشتهى للجماع فيما دون الفرج فهى مطيقة للجماع فى الجملة ، وإن لم تطقه من

(وقال الشافعى : لها النفقة لأنها عوض عن الملك عنده كما فى المملوكة بملك اليمين) وهذا لأن وجوبها بسبب الحاجة ، والصغير والكبير فيها سواء كالمملوكة (ولنا أن المهر عوض عن الملك) لأن العوض هو مايدخل تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو المهر دون النفقة ، وإذا كان المهر عوضا لاتكون النفقة عوضا لئلا يجتمع عوضان (عن معوّض واحد فلها المهر دون النفقة)

(قوله وهذا لأن وجوبها بسبب الحاجة الخ) أقول : فعلى هذا لايكون عوضا عن الملك .

(وإن كان الزوج صغيرا لايقدر على الوطء وهى كبيرة فلها النفقة من ماله) لأن التسليم قد تحقق منها ، وإنما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين (وإذا حبست المرأة فى دين فلا نفقة لها) لأن فوت الاحتباس منها بالمماطلة ، وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه ،وكذا إذا غصبها رجل كرها فذهب بها.وعن أبى يوسف أن لها النفقة ، والفتوى على الأول لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا،

خصوص زوج مثلا فتجب لها النفقة ، ومن لا فلا تجب لها نفقة . وفى خزانة الفقيه أبى الليث : عشر من النساء لانفقة لهن : الصغيرة التى لاتحتمل الجماع ، والناشزة إذا لم يكن لها عليه مهر ، وإذا اغتصبها ظالم فذهب بها ، والمحبوسة فى دين ، والمسافرة بحج إذا لم يكن معها زوجها ، والأمة إذا لم يبوّئها مولاها ، والمنكوحة نكاحا فاسدا ، والمرتدة ، والمتوفى عنها زوجها ، ، والمرأة إذا قبلت ابن زوجها أوأباه بشهوة (قوله وإن كان صغيرا الخ) ذكر حكم العجز من الطرفين منفردا ولم يذكر حكمه من الطرفين جميعا بأن كانا صغيرين لايطيقان،ولو اعتبر جانبه تجب ، ولو اعتبر جانبها لاتجب ، وفى الذخيرة : لانفقة لها ، وأكثر ما فى الباب أن يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهتها قائم ومعه لاتستحق النفقة ، وعن هذا قلنا : إذا تزوج المجبوب صغيرة لاتصلح للجماع لايفرض لها نفقة ، ولا يخفى إمكان عكس الكلام فيقال : يجعل المنع من جهتها كالمعدوم فتجب إلى آخره ، والتحقيق أن النفقة لاتجب إلا لتسليمها لاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فيدور وجوبها معه وجودا وعدما فلاتجب فى الصغيرين وتجب فى الكبيرة تحت الصغير (قوله وعن أبى يوسف لها النفقة) أى فى صورتى حبسها وغصبها لأنه لامنع من جهتها ، واختاره السغدى والفتوى على الأول وهو قول محمد لأن النفقة عليه عوضا عن احتباسه إياها ، غير أنه إذا فات الاحتباس لمعنى من جهته جعل باقيا تقديرا فتجب مع فواته . فإذا كان لالمعنى من جهته لم يكن تقديرا قائما ففات حقيقة وحكما وهوالموجب ليس غير ، فعندعدمه ينعدم الحكم ، ونظيره مالوغصب العين من يد المستأجر لايجب الأجر عليه لفوات التمكن من الانتفاع لا من جهة المستأجر وإن لم يكن من جهة الآجر ، بخلاف مالو حبس هو ظلما أو فى حق يقدر على إيفائه أو لايقدر أو هرب أو ارتد أو أسلمت وأبى هو الإسلام أوطلقها بعد الدخول ، وكذا كل فرقة جاءت من قبلها بحق لاتسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة أو بسبب الجب والعنة ما دامت فى العدة حيث يجب لها النفقة لفواته من جهته حقيقة أو معنى وإن لم يكن له تعمد

وقوله (وإن كان الزوج صغيرا) بيان ذكر العجز من جانبه وهو ظاهر ، ولم يذكر حكم العجز من الطرفين بأن كانا صغيرين لايطيقان الجماع ، فلو اعتبر جانب الصغير وجبت كما فى الكبيرة ، ولو اعتبر جانب الصغيرة لم تجب كما لو كانت صغيرة والزوج كبيرا . قال فى الذخيرة : لانفقة لها لأن المنع لمعنى جاء من جهتها ، وأكثر ما يكون فى الباب أن يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من قبلها قائم ، ومع قيام المنع من قبلها لاتستحق النفقة ، وفيه نظر لأن الدليل يقبل القلب . وقوله (وإذا حبست) ظاهر . وقوله (والفتوى على الأول). يعنى على ظاهر الرواية ، وهو أن لانفقة للمغصوبة فيما مضى . وقوله (لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا) بيانه أن النفقة عوض عن الاحتباس فى بيته ، فإذا كان الفوات لمعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باقيا ، أما إذا كان الفوات لا لمعنى من جهته فلا يمكن أن يجعل ذلك الاحتباس باقيا تقديرا وبدونه لايجب النفقة .

(قوله وفيه نظر لأن الدليل يقبل القلب) أقول : وفيه بحث ، إذ لانسلم أنه مع قيام المنع من قبله تستحق الزوجة النفقة ، وإنما تستحقها أن

وكذا إذا حجت مع محرم لأن فوت الاحتباس منها . وعن أبي يوسف أن لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر ، ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هى المستحقة عليه ، ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر . ولا يجب الكراء لما قلنا (فإن مرضت فى منزل الزوج فلها النفقة) والقياس أن لا نفقة لها إذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع . وجه الاستحسان أن الاحتباس قائم فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت ، والمانع بعارض فأشبه الحيض . وعن أبي يوسف أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ، ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لأن التسليم لم يصح قالوا هذا حسن . وفى لفظ الكتاب مايشير إليه

فيه (قوله وكذا الخ) أى لا نفقة لها إذا حجت مع محرم ، بخلاف ما إذا حجت مع الزوج فإن لها النفقة اتفاقا (قوله لأن إقامة الفرض عذر) قلنا نعم ، ولكنه من جهتها والاحتباس الفائت إنما يجعل باقيا تقديرا إذا كان الفوات من جهته ، ثم إذا وجبت عليه فالواجب نفقة الحضر بأن يعتبر ما كان قيمة الطعام فى الحضر فيجب دون نفقة السفر لأن هذه الزيادة لحقها بإزاء منفعة تحصل لها فلا تكون على الزوج كالمريضة التى لا تستحق المداواة عليه (قوله لما قلنا) أى من أن نفقة الحضر هى المستحقة . وأجمعوا على أن بالصوم والصلاة لا تسقط النفقة (قوله ويمسها) أى ويمسها استمتاعا ويدخل فى مسها كذلك الجماع فيما دون الفرج والقبلة وغيرهما فكان الاحتباس الموجب قائما ، وكذلك الرتقاء والقرناء على ماذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعى والاستئناس . والله أعلم (قوله قالوا هذا حسن ، وفى لفظ الكتاب إشارة إليه) وهو قوله وإن مرضت فى منزل الزوج وهو عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض . ولا يخفى أن إشارة الكتاب هذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم فى منزله على ماقدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها إذا سلمت نفسها فى منزله ، وقدمنا أنه مختار بعض المشايخ ورواية عن أبي يوسف ، وليس الفتوى عليه ، بل ظاهر الرواية وهو الأصح تعليقها بالعقد الصحيح مالم يقع نشوز فالمستحسنون لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن أبي يوسف وهذه فرعيتها ، والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ماهو من مقاصد النكاح من الاستئناس والاستمتاع بالدواعى وهو ظاهر الرواية . قال فى الأصل : نفقة المرأة واجبة على الزوج وإن مرضت أو جنت أو أصابها بلاء يمنع عن الجماع أو كبر حتى لا يستطاع جماعها . وفى شرح الطحاوى : إذا كبرت ولا تطيق الجماع أو بها رتق يمنع الجماع أو قرن كان لها النفقة . وقال الحلوانى : قالوا إذا مرضت مرضا لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وإن كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط وهذا تقييد للأول . قال فى الخلاصة : لو كانت مريضة

وقوله (وكذا إذا حجت مع محرم) يعنى بدون الزوج لا تجب النفقة (لأن فوت الاحتباس منها . وعن أبي يوسف أن لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر) وكلامه واضح . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأنها هى المستحقة عليه . وقوله (فإن مرضت فى منزل الزوج) على ماذكره فى الكتاب ظاهر ، وهو الموعود بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على مانبين . وقوله (وفى لفظ الكتاب) يعنى القدورى (مايشير إليه) وهو قوله فإن مرضت فى منزل الزوج فإنه يشير إلى أنها سلمت نفسها إلى منزل الزوج فمرضت فيه .

لو وجد فيها شرط استحقاق النفقة ولم يوجد .

(قال : ويفرض على الزوج النفقة إذا كان موسرا ونفقة خادمها) والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ، ولهذا ذكر في بعض النسخ : وتفرض على الزوج إذا كان موسرا نفقة خادمها .

ومعها زوجها أو لا قبل الدخول أو بعده تجب . وفي الأقضية : لو كانت محرمة أو رتقاء أو قرناء تجب . وفي الجامع الكبير : سواء أصابتها هذه العوارض بعد ما انتقلت إلى بيت الزوج أو قبله فيما إذا لم تكن مانعة نفسها ، وهذا جواب ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف : لانفقة للرتقاء والمريضة التي لايمكن وطؤها قبل أن ينقلها ، وإن انتقلت من غير رضاه يردها إلى أهلها ، أما إذا نقلها هو إلى بيته مع علمه بذلك لايردها إلى أهلها انتهى ، كله من الخلاصة . وبه يظهر لك ماحكمنا به فيمن اختار قول أبي يوسف ، ثم عن أبي يوسف في التي مرضت في منزله إذا تطاول مرضها تعتبر كالرتقاء فيها (قوله وتفرض على الزوج النفقة الخ)قال المصنف : والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ، وهو اعتذار عن تكرار نفقتها ولا يخفى على متأمل أن التكرار ليس بلازم أصلا ليحتاج إلى الاعتذار عنه فإن ماتقدم ليس إلا بيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها وبيان وجوبها ووجوبها ليس نفس بيان جواز الفرض للقاضي ولا جوازه له ولا هو ملزومه فإن الفرض قد يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل ما في الأقضية . الرجل إذا كان صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هي من التناول قدر كفايتها ليس لها أن تطالب زوجها بفرض النفقة وإن لم يكن على هذه الصفة تفرض إذا طلبت فأفاد ماقلنا ، ثم إذا فرض فالزوج هو الذي يلي الإنفاق إلا إذا ظهر عند القاضي مطاله فحينئذ تفرض النفقة ويأمره أن يعطيها لتنفق على نفسها ، فإن لم يعط حبسه ، كذا في الخلاصة . وقيد اليسار أثره في المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع . فعند عدمه ينتفي الفرض لكن بانتفاء فرض نفقة الخادم ثم يعتبر في الفرض الأصلح والأيسر ؛ ففي المحترف يوما يوما : أي عليه أن يدفع نفقة يوم بيوم لأنه قد لايقدر على تعجيل نفقة شهر مثلا دفعة ، وهذا بناء على أن عليه أن يعطيها معجلا ، ويعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذي يلي ذلك المساء لتتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم ، وإن كان تاجرا يفرض عليه نفقة شهر بشهر ، أو من الدهاقين فنفقة سنة بسنة ، أو من الصناع الذين لاينقضي عملهم إلا بانقضاء الأسبوع كذلك . ولو فرض عليه أكثر من قدر حاله له أن يمتنع من إعطاء الزائد ، وفي الأقضية يفرض الإدام أيضا أعلاه اللحم وأدناه الزيت وأوسطه اللبن ؛ وقيل في الفقيرة لايفرض الإدام إلا إذا كان خبز شعير ، والحق الرجوع في ذلك إلى عرفهم ، ويعتبر مما على الزوج الحطب والصابون والأشنان والدهن للاستصباح وغيره وثمن ماء الوضوء عليها ، فإن كانت غنية تستأجر من ينقله ولا تنقله بنفسها ، وإن كانت فقيرة فإما أن ينقله الزوج لها أو يدعها تنقل بنفسها ، وثمن ماء الاغتسال على الزوج في الفتاوى لأنه مئونة الجماع ، وفي كتاب رزين جعله عليها ، وفصل في ماء الطهر من الحيض بين أن يكون حيضها عشرة أيام فعليها أو أقل فعليه ، وأجرة القابلة على من استأجرها من الزوجة والزوج ، فإن جاءت بغير استئجار فلقائل أن يقول عليه لأنه مئونة الجماع ، ولقائل أن يقول عليها كأجرة

(وقوله) ويفرض على الزوج النفقة لما كان قوله ويفرض على الزوج النفقة إذا كان موسرا مكررا اعتذر بقوله والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وذكر وجه وجوبها وهو ظاهر . واختلفوا في الخادم الذي يستحق النفقة على الزوج ؛ فنهم من قال : المملوك لها حتى لوكانت حرّة أو لم تكن مملوكة لها لاتستحق النفقة وهو ظاهر الرواية لأن استحقاقها نفقة الخادم إنما هو باعتبار ملك الخادم ، فإذا لم يكن لها خادم لايستوجبه كالقاضي إذا لم يكن له خادم لايستحق كفاية الخادم في بيت المال ؛ ومنهم من قال : كل من يخدمها حرة كانت أو مملوكة لها أو لغيرها تستحق

ووجهه أن كفايتها واجبة عليه ، وهذا من تمامها إذ لابد لها منه (ولا يفرض لأكثر من نفقة خادم واحد) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد .

الطبيب . وفى المحيط : إذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا لها منه نفقتها كان له ذلك ، بخلاف سائر الديون حيث تقع المقاصة وإن لم يتقاصاه . وتفرض الكسوة كل ستة أشهر إلا إذا تزوّجها وبنى بها قبل أن يبعث إليها الكسوة فإن لها أن تطالبه بها قبل مضى ستة أشهر ، والكسوة كالنفقة فى أنه لايشترط مضى المدة ، وللزوج أن يرفع إلى القاضى ليأمرها بلبس الثوب لأن الزينة حقه ، وإذا فرض لها كسوة ستة أشهر فتخرقت قبل مضيها إن لبست لبسا معتادا تبين أن ذلك لم يكفها فتجدد لتبين خطئه فى التقدير ، وإن تخرقت لخرق استعمالها لايفرض لها أخرى ، ولو سرقت الكسوة أو هلكت النفقة لايفرض لها أخرى بخلاف المحارم ، ولو لم تلبس حتى مضت ستة أشهر تفرض لها أخرى بخلاف المحارم ، كذا فى الأقضية . ولو كانت تلبس يوما وتترك يوما توفيرا يجدد لها الكسوة إذا فرغ الفصل ، ولو لبست دائما ولم تتخرق لم يجدد لها إذا فرغ الفصل . ولو فرض لها دراهم فبقيت كلها بعد انقضاء المدة أو بقى منها شيء فى الشهر الآخر أيضا يفرض وفى المحارم لايفرض . وفى أدب القاضى للخصاف يفرض قميص ومقنعة وملحفة . وتزاد فى الشتاء سراويل وجبة باعتبار عسرته ويسرته . ذكر الخصاف السراويل فى كسوة الشتاء دون الصيف ، ولم يذكره محمد أصلا . قال السرخسى : لم يوجب محمد الإزار لأنه للخروج وليس لها ذلك ، ولهذا لم يوجبوا لها المكعب والخف انتهى . وقيل اختلاف عرف والعرف إيجاب السراويل فى الصيف والشتاء للبسه فى البيت ، فالقاضى ينظر إلى عرف كل قوم فيفرض بالعرف ، فعلى المعسر قال محمد : درع يهودى وملحفة زطية وخمار سابورى أرخص مايكون مما يدفئها فى الشتاء ، وعلى الموسر درع يهودى أو هروى وملحفة دينورية وخمار إبريسم وكساء أذربيجانى ، ولها فى الصيف درع سابورى وملحفة كتان وخمار إبريسم ، فذكر فى الأصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء ، إلا أن القميص يكون مجيبا من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر ، ويجب لها فى الشتاء اللحاف وفراش النوم ، وفى كسوة الخادم ذكروا الإزار والخف والمكعب . وفى الخلاصة هذا فى ديارهم بحكم العرف ، أما فى ديارنا يفرض المكعب ويفرض ماتنام عليه ، وينبغى أن يكون لها فراش على حدة ، ولا يكتفى بفراش واحد لهما ، لأنها قد تنفرد فى الحيض والمرض ، وفى الأثر : «فراش لك وفراش لأهلك وفراش للضيف والرابع للشيطان» . وإذا أرسل ثوبا فاختلفا فقالت هدية وقال من الكسوة فالقول له ، فإن أقاما البينة على إقرار كل منهما بدعوى الآخر أو على نفس مدعاه ، فالبينة بينة الزوج لأنه هو المدعى للقضاء ، وكذا فى دراهم فقالت هدية وقال نفقة أو قال من المهر وقالت نفقة ، وكذا فى جميع قضاء الديون إذا كانت من وجوه مختلفة (قوله ووجهه أن كفايتها الخ) ظاهر من الكتاب ثم هل يراد بالخادم مملوكها أو أعم منه ؟ قال بعضهم المملوك ، فلو لم يكن لاتستحق ، وقال بعضهم : كل من يخدمها حرة كانت أو أمة لها أو لغيرها . وفى الفتاوى الصغرى : لو كانت المنكوحة أمة لاتستحق نفقة الخادم ونفقة الخادم لبنات الأشراف ، ويوافقه ماقيد به الفقيه أبو الليث كلام الخصاف حيث قال فى أدب القاضى : فرض ماتحتاج إليه من الدقيق والدهن واللحم والإدام فقالت لا أخبز ولا أعجن ، لا أعالج شيئا من ذلك لاتجبر عليه ، وعلى الزوج أن يأتى بمن يكفيها عمل ذلك . وقال الفقيه : هذا إذا كان بها علة لاتقدر على الطبخ والخبز أو كانت ممن لاتباشر ذلك بنفسها ، فإن

وقوله (ولا يفرض لأكثر من خادم واحد) ظاهر .

وقال أبو يوسف : تفرض لخادمين لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل وإلى الآخر لمصالح الخارج. ولهما أن الواحد يقوم بالأمرين فلا ضرورة إلى اثنين ، ولأنه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا ، فكذا إذا أقام الواحد مقام نفسه ، وقالوا : إن الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم مايلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية . وقوله فى الكتاب إذا كان موسرا إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة ، وهو الأصح خلافا لما قاله محمد لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهى قد تكتفى بخدمة نفسها (ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استدينى عليه) وقال الشافعى : يفرق ،

كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتيها بمن يفعله . وفى بعض المواضع تجبر على ذلك . قال السرخسى : لا تجبر ، ولكن إذا لم تطبخ لا يعطيها الإدام وهو الصحيح . وقالوا : إن هذه الأعمال واجبة عليها ديانة ، ولا يجبرها القاضى على ما سنذكره أيضا إن شاء الله تعالى (قوله وقال أبو يوسف لخادمين) وهكذا ذكره فى فتاوى أهل سمرقند ، ووجه الدفع ظاهر من الكتاب (قوله ولأنه لو تولى) أى الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافيا قد يمنع هذا على رواية عن أبى يوسف فى الأقضية لو قال الزوج أنا أخدمها عن أبى يوسف لا يقبل منه ذلك وقال بعض مشايخنا يقبل . وعن أبى يوسف فى رواية أخرى : إذا كانت فائقة فى الغنى زفت إليه مع خدم كثير استحقت نفقة الكل عليه ، وهى رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوى (قوله خلافا لما يقوله محمد رحمه الله) وهو أنه إذا كان لها خادم يفرض لها لأنها لم تكتف بخدمة نفسها فيفرض ولو كان معسرا . وجه الظاهر أنها بحيث تكتفى بخدمة نفسها ، وإنما الخادم لزيادة التنعم فلا يلزمه إلا حالة اليسار لأن المعسر إنما يلزمه أدنى الكفاية فقط ، وهذا يخالف ما ذكره المصنف من لزوم اعتبار حالهما ، وأنه عند إعساره دونها ينفق بقدر حاله والباقى دين عليه وقياسه أنه تجب نفقة الخادم دينا عليه ، ولو لم يكن للمرأة خادم لا تجب لها نفقته، لأن استحقاقها لدفع حاجتها وحاجتها إلى نفقة الخادم إنما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضى إذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم فى بيت المال ، والغازى إذا شهد الوقعة بلا فرس وأغنى غناء الفارس لا يسهم له بسهم الفرس ، والله أعلم . ولو كانت له أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين أو أكثر اتفاقا . وفى التجنيس : امرأة لها مماليك قالت لزوجها أنفق عليهم من مهرى فأنفق فقالت لا أجعلها من المهر لأنك استخدمتهم ، فما أنفق بالمعروف محسوب عليها لأنه بأمرها (قوله ومن أعسر بنفقة امرأته الخ) بقولنا قال الزهرى وعطاء وابن يسار والحسن البصرى والثورى وابن أبى ليلى وابن شبرمة وحماد بن أبى سليمان والظاهرية ؛ ومعنى الاستدانة أن تشترى الطعام على أن

وقوله (وقالوا) يعنى المشايخ (إن الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم) واليسار ههنا مقدّر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة . وقوله (وهو أدنى الكفاية) يعنى تنقص نفقة الخادم عن نفقتها لكن فى حق الإدام دون الخبز ، وأعلى الإدام اللحم وأوسطه الزيت وأدناه الملح أو اللبن. وقوله (خلافا لما قاله محمد) يعنى ما قاله محمد إن الزوج إذا كان معسرا وكان لها خادم يجب عليه نفقته ، لأنه إذا كان لها خادم فهذه المرأة لم تكتف بخدمة نفسها فيجب عليه النفقة كما لو كان موسرا . وقوله لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية دليل الأصح (ومن أعسر بنفقة امرأة لم يفرق بينهما ويقال لها استدينى عليه) أى اشترى الطعام نسيئة على أن تقضى الثمن من مال الزوج (وقال الشافعى : يفرق ،

لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف فينوب القاضى منابه فى التفريق كما فى الجب والعنة ، بل أولى لأن الحاجة إلى النفقة أقوى .

يؤدى الزوج ثمنه . وقال الخصاف : الشراء بالنسيئة ليقضى الثمن من مال الزوج ، وبقول الشافعى قال مالك وأحمد فى ظاهر قوله ، وعنه رواية كقولنا ، وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن . وهذا التفريق فسخ عند الشافعى ، وأحمد طلاق عندمالك . ولو امتنع عن الإنفاق عليها مع اليسر لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه فى نفقتها . فإن لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ ، وعن هذا ماذكر فى النهاية حيث قال : ثم اعلم أن ظهور العجز عن النفقة إنما يكون إذا كان الزوج حاضرا ، أما إذا غاب غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فرفعت الأمر إلى القاضى فكتب القاضى إلى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة ففرق بينهما هل تقع الفرقة ؟ قال الشيخ الإمام أبو الحسن السغدى : نعم إذا تحقق العجز عن النفقة . قال صاحب الذخيرة : فى هذا الجواب نظر ، والصحيح أنه لا يصح قضاؤه لأن العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الإنفاق لا العجز عنه ، فإن رفع هذا القضاء إلى قاض آخر فأمضاه جاز قضاؤه ، والصحيح أنه لا ينفذ لأن هذا القضاء ليس فى مجتهد فيه لما ذكرنا أن العجز لم يثبت ذكره فى الفصل الثانى من فصول الإمام الاستروشنى فتكون الشهود علمت مجازه مجاز فتهم فلا يقضى بها كما ذكره ظهير الدين . واعلم أن الفسخ إذا غاب ولم يترك لها نفقة يمكن بغير طريق إثبات عجزه بمعنى فقره ليجىء ما قال وهو أن تتعذر النفقة عليها . قال القاضى أبو الطيب من الشافعية : إذا تعذرت النفقة عليها بغيبته ثبت لها الفسخ . قال فى الحلية : وهو وجه جيد فلا يلزم مجىء ما قال ظهير الدين (قوله لأنه عجز الخ) استدلوا بالمنقول والمعقول ، أما المنقول فما فى سنن النسائى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم وساق الحديث إلى أن قال « وابدأ بمن تعول ، فقيل من أعول يارسول الله ؟ قال : امرأتك تقول أطعمنى وإلا فارقنى ، خادمك يقول أطعمنى واستعملنى ، وولدك يقول أطعمنى إلى من تتركنى ؟ » هكذا فى جميع نسخ النسائى وهو عنده من حديث سعيد بن أيوب عن محمد بن عجلان عن زيد بن أسلم عن أبى صالح عن أبى هريرة وسعيد ومحمد ثقتان . وقال الدارقطنى : حدثنا أبوبكر الشافعى : حدثنا محمد بن بشر بن مطر ، حدثنا شيبان بن فروخ ، حدثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن أبى صالح عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المرأة تقول لزوجها أطعمنى أو طلقنى » الحديث . وقال الدارقطنى : حدثنا حماد بن أحمد السماك وعبد الباقى بن قانع وإسماعيل بن على قالوا : أخبرنا أحمد بن على الخزان ، حدثنا إسحاق بن إبراهيم البارودى ، حدثنا إسحاق بن منصور ، حدثنا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب فى الرجل لا يجد ماينفق على امرأته قال : يفرق بينهما . وبهذا الإسناد إلى حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن أبى صالح عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله . وقال سعيد بن منصور فى سننه : حدثنا سفيان عن أبى الزناد قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما ؟ قال نعم ، قلت سنة ؟ قال سنة . وهذا ينصرف إلى سنته صلى الله عليه وسلم . وغايته أن يكون من مراسيل سعيد ، والشافعى يقول بها وأنتم تقولون بالمرسل مطلقا ، وأما المعقول فالقياس على الجب والعنة بل أولى ، لأن البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا قوت ، وأيضا منفعة الجماع مشتركة بينهما ؛ فإذا

لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف) فيلزمه التسريح بإحسان ، فإن أبى ناب القاضى منابه كما فى الجب والعنة ،

ولنا أن حقه يبطل وحقها يتأخر ، والأول أقوى فى الضرر ، وهذا لأن النفقة تصير دينا بفرض القاضى فتستوفى الزمان الثانى ، وفوت المال وهو تابع فى النكاح لايلحق بما هو المقصود وهو التناسل . وفائدة الأمر بالاستدانة مع الفرض أن يمكنها

ثبتَ فى المشترك جواز الفسخ لعدمه ففى المختص بها أولى ، وقياسا على المرقوق فإنه يبيعه إذا أعسر بنفقته (قوله ولنا) المنقول والمعنى ، أما المنقول فقوله تعالى ـ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ـ وغاية النفقة أن تكون دينا فى الذمة وقد أعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالإنظار بالنص ، وأما المعنى فهو أن فى إلزام الفسخ إبطال حقه بالكلية وفى إلزام الإنظار عليها والاستدانة عليه تأخير حقها دينا عليه ، وإذا دار الأمر بينهما كان التأخير أولى ، وبه فارق الجب والعنة والمملوك لأن حق الجماع لايصير دينا على الزوج ، ولا نفقة المملوك تصير دينا على المالك ، ويخص المملوك أن فى إلزام بيعه إبطال حق السيد إلى خلف هو الثمن ، فإذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين فى إلزامه بيعه ، إذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد ، بخلاف إلزام الفرقة فإنه إبطال حقه بلا بدل ، وهو لايجوز بدلالة الإجماع على أنها لو كانت أم ولد عجز عن نفقتها لم يعتقها القاضى عليه ، وأما المروى عن سعيد بن المسيب فى قوله إنه سنة فلعله لايريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقد ثبت عنه إطلاق مثل ذلك غير مريد به ذلك . قال الطحاوى : كان زيد بن ثابت يقول المرأة فى الأرش كالرجل إلى ثلث الدية ، فإذا زاد على الثلث فحالها على النصف من الرجل . قال ربيعة بن عبد الرحمن : قلت لسعيد بن المسيب : ماتقول فيمن قطع إصبع امرأة ؟ قال : عشر من الإبل . قلت : فإن قطع إصبعين ، قال : عشرون من الإبل ، قلت : فإن قطع ثلاثا ، قال : ثلاثون من الإبل، قلت : فإن قطع أربعا من أصابعها، قال: عشرون من الإبل ، قلت: سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل أرشها . قال إنه السنة . قال الطحاوى لم يكن ذلك إلا عن زيد بن ثابت ، فسمى قوله سنة فيكون ما قاله اعتمادا على ما عن أبى هريرة موقوفا عليه ، هذا بعد تسليم صحته ، وإلا فقد روى عن سعيد كقولنا فاضطرب المروى منه فبطل ذكره ابن حزم وابن عبد البر ، وأما المروى عن أبى هريرة مرفوعا عند النسائى والدارقطنى فلا شك فى أن رفعه غلط ، وإنما هو من قول أبى هريرة . روى البخارى فى صحيحه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أفضل الصدقة ماترك

بل أولى لأن الحاجة إلى النفقة أقوى من الجماع لأن انقطاع الأول مدة مهلك دون الثانى، وهذا التفريق عنده فسخ لاطلاق (ولنا أن حقه) بالتفريق (يبطل) إذ لايصل إليه إلا بسبب جديد ، وحقها يتأخر لأن النفقة تصير دينا بفرض القاضى فيستوفى فى الزمان الثانى (والأول أقوى فى الضرر) فيتحمل أدنى الضررين لدفع الأعلى . وقوله (وفوت المال وهو تابع) جواب عن القياس على الجب والعنة . وتقريره أن هذا قياس مع الفارق وهو باطل ، وذلك لأن العجز عن النفقة إنما يكون عن المال وهو تابع فى باب النكاح والعجز عن الوصول إلى المرأة بسبب الجب والعنة إنما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل ، ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها به عن التابع . فإن قيل : لافائدة فى الإذن لها بالاستدانة بعد فرض القاضى النفقة لها لأنها صارت دينا بفرضه . أجاب بأن فائدة الأمر بالاستدانة مع الفرض أن يمكنها

(قال المصنف : وفائدة الأمر بالاستدانة الخ) أقول : وسيجىء له فائدة أخرى بعد سطور .

إحالة الغريم على الزوج ، فإما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضى كانت المطالبة عليها دون الزوج (**وإذا قضى القاضى لها بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر**)لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار ، **وما قضى به**

غنى » وفى لفظ : «ما كان عن ظهر غنى ، واليد العليا خير من اليد السفلى ، وابدأ بمن تعول ، تقول المرأة إما أن تطعمنى وإما أن تطلقنى ، ويقول العبد أطعمنى واستعملنى ، ويقول الولد أطعمنى إلى من تدعنى » قالوا : يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : لا هذا من كيس أبى هريرة ، فثبت أنه موقوف عليه بلا شبهة ، ثم ليس فى قول أبى هريرة هذا مايدل على أن الزوج يلزم بالطلاق ، وكيف وهو كلام عام منه لايخص المعسر ولا الموسر ، ولا خلاف أن الموسر إذا لم يطعم لايجبر على الفراق بل يحبس على أحد الأمرين عينا وهو الاتفاق ، فعلى هذا لو سلم أنه من كلام النبى صلى الله عليه وسلم على مارواه الدارقطنى كان معناه الإرشاد إلى ماينبغى مما يدفع به ضرر الدنيا . مثل - وأشهدوا إذا تبايعتم - يعنى ينبغى أن يبدأ بنفقة العيال وإلا قالوا لك مثل ذلك وشوّشوا عليك إذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرنا ، وأما ماتقدم من رواية الدارقطنى عن أبى هريرة وقال مثله فليس المراد مثل مايليه من قول سعيد بن المسيب بل مثل ماقبله من حديث أبى هريرة الذى سبق ذكره من رواية النسائى وروايته ذكره ابن القطان فى الوهم والإيهام (قوله إحالة الغريم على الزوج) أى وإن لم يرض الزوج وفى التحفة: فائدة الأمر بالاستدانة أن لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج أو من المرأة وبدون الأمر بالاستدانة ليس لرب الدين أن يرجع على الزوج بل عليها وهى ترجع على الزوج ، وهذا لأن الاستدانة إيجاب الدين عليه منها وليس لها عليه هذه الولاية وفائدة أخرى وهى أنها لاتسقط بموت أحدهما فى الصحيح بخلاف القضاء وحده على ماسنذكره إن شاء الله تعالى . وفى شرح المختار : المرأة المعسرة إذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسرا وأخ فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن أو الأخ بالإنفاق عليها ويرجع به على الزوج إذا أيسر ويحبس الابن أو الأخ إن امتنع لأن هذا من المعروف . قال شارح الكنز: تبين بهذا أن الإدانة لنفقتها إذا كان الزوج معسرا وهى معسرة تجب على من كان تجب عليه نفقتها لولا الزوج ، وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الأب كالأم والأخ والعم ثم يرجع به على الأب (قوله تمم لها نفقة اليسار) هكذا مشى عليه أيضا صاحب الكنز بعد اعتبار حال الزوج والزوجة فى وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بأنه نوع تناقض فإن ماذكره أول الباب قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخى ، ولو كان فرض على قدر حاله وحالها مقدارا ثم غلا السعر كان لها أن تطالبه بأن يزيد فى الفرض ، ولو كان على قلبه كان للزوج أن ينقص (قوله وما قضى به

إحالة الغريم على الزوج من غير رضا الزوج ، فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضى كانت المطالبة عليها الزوج) واعلم أن العجز عن النفقة إنما يظهر عند حضور الزوج ، وأما إذا كان غائبا غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها فرفعت الأمر إلى الحاكم الشافعى ففرق بينهما . قال مشايخ سمرقند : جاز تفريقه لأنه قضى فى فصلين مجتهد فيهما فى التفريق بالعجز عن النفقة وفى القضاء على الغائب . وقال صاحب الذخيرة : الصحيح أنه لايصح قضاؤه لأن العجز لايعرف حال الغيبة لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الإنفاق لا العجز عنه ، فإن رفع هذا القضاء إلى قاض فأمضاه فالصحيح أنه لاينفذ لأن هذا القضاء ليس فى فصل مجتهد فيه إذ العجز لم يثبت ، وإذا قضى القاضى لها بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار . وقوله (وما قضى به) جواب عما يقال ينبغى أن لايتمم لها نفقة اليسار لأن فيه نقض القضاء الأول .

تقدير لنفقة لم تجب ، فإذا تبدل حاله فلها المطالبة بتمام حقها (وإذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدار فيها فيقضى لها بنفقة ما مضى) لأن النفقة صلة وليست بعوض عندنا على مامر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة لاتوجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي ، بخلاف المهر لأنه عوض

تقدير لنفقة لم تجب) لأن النفقة تجب شيئا فشيئا فى المستقبل فلا يتقرر حكم القاضي فيها بخصوص مقدار ، ولأنه كان بشرط الإعسار وعلى تقديره وقد زال فيزول بزواله (قوله لم ينفق عليها) بأن غاب عنها أو كان حاضرا وامتنع .

والحاصل أن نفقتها لاتثبت دينا فى ذمته إلا بقضاء القاضي بفرض أو اصطلاحهما على مقدار فإنه يثبت ذلك المقدار فى ذمته دينا إذا لم يعطها وهو رواية عن أحمد . وفى رواية أخرى وهو قول مالك والشافعي تصير دينا عليه إلا إن كانت أكلت معه بعد الفرض فإنها تسقط بالمضى عند مالك والشافعي فى الأصح (قوله لأنها صلة) أى من وجه (قوله وليست بعوض) أى من كل وجه بل هى عوض من وجه دون وجه وذلك لأنها جزاء الاحتباس ، فمن حيث أنه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة وإصلاح أمر المعيشة والاستئناس هى عوض ، ومن هذا الوجه وجبت على المكاتب ، ومن حيث أنه لإقامة حق الشرع وأمور مشتركة كإعفاف كل الآخر وتحصينه عن المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد ليقيم التكاليف الشرعية هى صلة كرزق القاضي والمفتى فلا تملك إلا بالقبض فلاعتبار أنها عوض قلنا تثبت إذا قضى بها أو اصطلحا لأن ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضي عليه ، ولاعتبار أنها صلة قلنا تسقط إذا مضت المدة من غير قضاء ولا اصطلاح عملا بالدليلين بقدر الإمكان . وذكر فى الغاية معزوا إلى الذخيرة أن نفقة مادون الشهر لاتسقط ، فكأنه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه ، إذ لو سقطت بمضى يسير من الزمان لما تمكنت من الأخذ أصلا وهذا حق وقد تقدم الوجه . وقوله فى الكتاب فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء على ماحملنا كلامه فيه من إثبات أنه صلة من وجه مترتب على ترددها بين الصلة المحضة والعوض المحض ، ولو اختلفا فيما مضى من المدة من وقت القضاء القول قول الزوج والبينة بينة المرأة ، ومن ادعى على امرأة نكاحا وهى تجحد فأقام البينة لانفقة لها ، وكذا إذا كان الزوج هو المنكر ولقائل أن يقول ينبغى أن تجب لأنها صارت مكذبة شرعا وكذا الزوج وإلا فلا يخفى مافيه من الأضرار وفتح باب

وتقريره ماقضى به تقديرا لنفقة لم تجب لأن النفقة تجب شيئا فشيئا. وتقدير ماليس بواجب لايكون لازما لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه ، وإذا لم يكن لازما لم يستحكم فيه حكم الحاكم ، فإذا تبدل حاله جاز لها المطالبة بتمام حقها فكان هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة الإعسار على الموسر ، لأن ما لايكون لازما فلدوامه حكم الابتداء على ماعرف وذلك لايجوز فلا بد من التغيير ، وكذلك حكم عكس هذه المسئلة . وقوله (وإذا مضت مدة) ظاهر . وقوله (على مامر من قبل) يريد قوله لأن المهر عوض عن الملك ، ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد . فإن قيل : ماتقدم يدل على أنها ليست بعوض عن البضع لكن لاينافى أن تكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها . قلت : ينافيه لأنه لما صح العقد كان الاستمتاع بها و القيام عليها تصرفا فى ملكه وذلك لايوجب على المالك عوضا فإن قيل : لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب . أجيب بأنها صلة من وجه ، وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج ، فإذا ثبت أنها صلة لايستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة لاتوجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض

(وإن مات الزوج بعد ماقضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة) وكذا إذا ماتت الزوجة لأن النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض . وقال الشافعى رحمه الله : تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لأنه عوض عنده فصار كسائر الديون ، وجوابه قد بيناه (وإن أسلفها نفقة السنة) أى عجلها (ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ، وقال محمد رحمه الله ، يحتسب لها

الفساد خصوصا عند اضطرارها للنفقة مع حبسها (قوله وإن مات الزوج بعد ماقضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت) هذا تقييد لعدم السقوط بالقضاء بحالة حياتهما وأطلقه فشمل ما إذا كان القاضى أمرها بالاستدانة أو لم يأمرها فوافق قول الخصاف ، والصحيح ماذكر الحاكم الشهيد أنه إذا كان أمرها بالاستدانة لاتسقط بالموت لأن الاستدانة بأمر من له ولاية تامة عليه عند رفع قضيتها له وهو القاضى فكان كاستدانته : أى الزوج بنفسه فلا تسقط بموت أحدهما ، وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الأمر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لاتسقط (قوله لأن النفقة صلة والصلة تبطل بالموت) فإن قيل : قد قلتم إنه استحكم هذا الدين بحكم القاضى وجعلتموه مؤكدا للاستحقاق كالقبض فى الهبة فينبغى أن يبقى الوجوب بعد الموت كالهبة المقبوضة . فالجواب أن بالقضاء لايبطل معنى الصلة بل يوجب تأكد هذه الصلة فتصير الصلة كغير الصلة ، وإذا كان معنى الصلة باقيا أثر الموت فى سقوطه بسبب أنه يبطل الأهلية بالكلية فكان أقوى فى إبطاله الصلة فيحتاج للاستحكام على وجه يلزم بعد الموت إلى زيادة وهو الأمر بالاستدانة ، وفى حال الحياة لم تبطل الأهلية فيستحكم بمجرد التأكد بالقضاء بها .

[فرع] إبراء الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم ؟ إن كانت غير مفروضة لايصح لأنه إبراء قبل الوجوب ، وإن كان القاضى فرضها كل شهر كذا وكذا صح فى الشهر الأول فقط ، وكذا لو قالت أبرأتك من نفقة سنة لا يبرأ إلا من شهر إلا أن يكون فرض لها كل سنة كذا لأن القاضى إذا فرض كذا كل شهر فإنما فرض مهما يتجدد الشهر فما لم يتجدد لم يتجدد الفرض ، وما لم يتجدد الفرض لم تجب نفقة الشهر فلا يصح الإبراء

والصلح فيها بمنزلة القضاء لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضى . وقوله بخلاف المهر متصل بقوله وليست بعوض (وإن مات الزوج بعد ماقضى عليه بالنفقة) وما كان أمرها بالاستدانة عليه (ومضت شهور سقطت النفقة وكذلك إذا ماتت الزوجة لأن النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض) وإنما قيدنا بقوله وما كان أمرها بالاستدانة لأنه إذا أمرها بذلك لم تسقط بموت أحدهما لأن القاضى لما أمرها بذلك كان استدانتها استدانة الزوج لعموم ولايته عليهما ، ولو استدان بنفسه لم تبطل بالموت ، فكذا إذا استدانت بحكم القاضى . فإن قيل : القياس على الهبة قبل القبض غير صحيح لأنها قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء مؤكدة ، ولا يلزم من جواز سقوط ماليس بمؤكد جواز سقوط المؤكد . أجيب بأن معنى الصلة فيها بعد القضاء باق كما كان قبله لأن المعنى من الصلة أن يجب المال بمقابلة ماليس بمال وهذه كذلك فقلنا بسقوطها بعد القضاء بالموت . قال فى الإيضاح : إنها وإن صارت دينا عليه لكن معنى الصلة لم يبطل عنه والصلات تبطل بالموت قبل القبض . وقوله (وقال الشافعى) ظاهر وقوله (وجوابه قد بيناه) إشارة إلى ما تقدم من قوله . ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا تكون النفقة عوضا عن البضع . قال (وإن أسلفها نفقة السنة) يعنى إذا عجل لها نفقة السنة ثم مات أو ماتت قبل مضى المدة لم يرجع عليها ولا على تركتها بشيء فى قول أبى حنيفة

نفقة مامضى ومابقى فهو للزوج)وهوقول الشافعى رحمه الله تعالى . وعلى هذا الخلاف الكسوة لأنها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس ، وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضى وعطاء المقاتلة . ولهما أنه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع فى الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما فى الهبة ،ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لايسترد شىء منها بالإجماع . وعن محمد رحمه الله أنها إذا قبضت نفقة الشهر أو مادونه لايسترجع منها شىء لأنه يسير فصار فى حكم الحال (وإذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها) ومعناه إذا تزوّج بإذن المولى لأنه دين وجب فى ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة فى العبد التاجر ، وله أن يفدى لأن حقها فى النفقة لا فى عين الرقبة ، فلو مات العبد سقطت ، وكذا إذا قتل

عنها . ولو أبرأته بعد مامضى أشهر عما مضى وعما يستقبل برئ عما مضى وعن شهر (قوله وما بقى للزوج) فترده ، وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة الهالك بالاتفاق والفتوى على قولهما ، والموت والطلاق قبل الدخول سواء ، وفى نفقة المطلقة إذا مات الزوج اختلفوا ، فقيل ترد ، وقيل لاتسترد بالاتفاق لأن العدة قائمة فى موته كذا فى الأقضية (قوله ولا رجوع فى الصلات بعد الموت) بخلاف القاضى ونحوه لأن تصرف الإمام فى بيت المال مقيد بشرط النظر ، والنظر أن يؤخذ منه ويعطى لمن يلى بعده من القضاة (قوله وعن محمد) وهو رواية ابن رستم عنه : لاترد نفقة الشهر وما دونه ، فلهذا وضعها فى السنة حتى لايكون فيها خلاف عن محمد ، ولذا لو قبضت نفقة أشهر فمات أحدهما والباقى شهر فأقل لايرجع بشىء . وفى الذخيرة نفقة العدة تسقط بمضى المدة كنفقة النكاح ، فلو فرض لها نفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يذكره محمد . وهل يقاس على الموت ؟ قال الحلوانى : فيه كلام . وفى الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلوانى قال : المختار عندى لاتسقط (قوله فنفقتها دين عليه) أى إذا قضى القاضى بها فيباع فيها ، فإذا اشتراه من علم به أو لم يعلم ثم علم فرضى ظهر السبب فى حقه أيضا ، فإذا اجتمعت عليه النفقة مرة أخرى يباع ثانيا ، وكذا حاله عند المشترى وهلم جرا . ولايباع مرة بعد أخرى إلا فى دين النفقة لأنها تتجدد شيئا فشيئا على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر فى حق السيد فهو فى الحقيقة دين حادث عند المشترى ، وأما إذا لم يعلم المشترى بحاله أو علم بعد الشراء ولم يرض فله رده لأنه عيب اطلع عليه (قوله إذن المولى) لأنه لو كان بغير إذنه فلا نفقة لها ولا مهر لعدم الصحة ، ودخل بها طولب بالمهر بعد العتق ، ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرض سقطت النفقة والمهر ولا يطالب المولى بشىء لفوات محل الاستيفاء ، ولو كان مدبرا أو مكاتبا أو ولد أم ولد ولا يباع بالنفقة بعدم جواز البيع ، إلا أن المكاتب إذا عجز يباع حينئذ لأنه حينئذ قبل النقل ، هذا ولا نفقة تجب لولد العبد عليه لأن أمه إن كانت أمة فالولد عبدا لمولاها فنفقته على المولى ، وإن

وأبى يوسف . وقال محمد : يحتسب لها بنفقة مامضى ومابقى للزوج إن كان قائما وقيمته إن كان مستهلكا وهوقول الشافعى . ووجه كل من الجانبين ماذكره فى الكتاب وهو واضح . وقوله (لأنه يسير فصار فى حكم الحال) يعنى إذا أخذت النفقة الواجبة فى الحال لاتسترد بالموت ، فكذا لاتسترد إذا عجل لها نفقة الشهر . وقوله (وإذا تزوج العبد حرة) ظاهر قال شمس الأئمة السرخسى : فإن بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة أخرى بيع ثانيا وليس فى شىء من ديون العبد مايباع فيه مرة بعد أخرى إلا النفقة ، وهذا لأن النفقة يتجدد وجودها بمضى الزمان فذاك فى حكم دين حادث ولا كذلك سائر الديون ، فلو مات العبد سقطت النفقة ولايؤاخذ المولى بشىء لفوات محل الاستيفاء .

فى الصحيح لأنه صلة (وإن تزوّج الحر أمة فبوآها مولاها معه منزلا فعليه النفقة) لأنه تحقق الاحتباس (وإن لم يبوئها فلا نفقة لها) لعدم الاحتباس ، والتبوئة أن يخلى بينها وبينه فى منزله ولا يستخدمها ، ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لأنه فات الاحتباس ، والتبوئة غير لازمة على مامر فى النكاح ،ولو خدمته الجارية أحيانا من غير أن يستخدمها لاتسقط النفقة لأنه لم يستخدمها ليكون استردادا ، والمدبرة وأم الولد فى هذا كالأمة ، والله تعالى أعلم بالصواب .

كانت حرة فولده حر ، ولا تجب نفقته على مملوك ولا على مولاه لأن ولده أجنبى منه ، وكذا المكاتب لايجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة أو أمة لهذا المعنى ، وإذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الأم لأن الولد تابع للأم فى كتابتها حتى كان كسب الولد لها ، وكذا أرش الجناية عليه (قوله فى الصحيح) احتراز عما عن الكرخى أنها تنتقل إلى قيمته لأنها خلفه ، قال الشيخ أبو الحسين القدورى : هذا ليس بصحيح لأن النفقة تسقط بالموت لأنها فى معنى الصلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض ، والقيمة إنما تقام مقام الرقبة فى دين لايسقط بالموت (قوله وإن تزوّج الحرّ أمة) قيد الحرّ اتفاق لافرق بين الحر والعبد والمدبر والمكاتب فى عدم وجوب النفقة قبل التبوئة ، وإنما خصه بالذكر ليعلم النفى فى الباقى بطريق الأولى فإنه إذا لم تجب على الحر الذى هو أدخل فى آهلية وجوب المال عليه يلزم أن لاتجب على ما ذكر (قوله لعدم الاحتباس) أى من الزوج والمنع من السيد ، وإن كان لحقه لايثبت معه الموجب وهو احتباس الزوج ولاموجب غيره ، بخلاف منعها لنفسها لحقها كالمهر فإن فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج فيجعل ثابتا وليس هنا كذلك (قوله والتبوئة غير لازمة على ما مر فى النكاح) فى باب نكاح الرقيق ، ولا شك أن حق الاستخدام يتجدد بتجدد المنافع التى تتجدد على ملكه ، فإذا بوأها فقد ترك حقه مادام لم يستردها ، واستردادها بعد ذلك ليس رجوعا فيما أسقط بل طلب حقه فيما يستقبل أو الحال وله ذلك ولذا كان له أن يبوئها ثم يستردها ثم يبوئها ثم يستردها وهلم جرا ، فكلما استردها سقطت ، فإذا رجع فبوأها وجبت ، ولو خدمت المولى أحيانا من غير استخدام واسترداد لاتسقط نفقتها لأنه لم تبطل التبوئة بذلك لعدم الاسترداد (قوله والمدبرة وأم الولد فى هذا) أى فى وجوب النفقة على الزوج بشرط التبوئة (كالأمة)

وكذا إذا قتل . وقوله (فى الصحيح) احتراز عن قول الكرخى إنها تكون فى قيمته . قال الشيخ أبو الحسن القدورى : الصحيح أن تسقط لأنها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض ،والقيمة إنما تقوم مقام الرقبة فى دين لم يسقط بالموت لافى دين يسقط به ولم يذكر المدبر والمكاتب إذا تزوجا بإذن المولى والنفقة فيهما تتعلق بالكسب (وإن تزوج الحرّ أمة فبوأها) ظاهر . وقوله (فلا نفقة لها لعدم الاحتباس) قيل عليه الاحتباس من المولى لحق له شرعا فكان كاحتباس الحرة لأجل صداقها فينبغى أن لاتسقط . وأجيب بأن الحرة إذا حبست نفسها لصداقها فالتفويت إنما جاء من قبل الزوج حين امتنع من إيفاء مالزمه ، وأما ههنا فالتفويت ليس من قبل الزوج . وقوله والتبوئة غير لازمة جواب سؤال تقديره لما بوأها مرة يجب عليه أن يمضى على ذلك ولا ينقضها بالاستخدام . وتقرير الجواب التبوئة غير لازمة (على مامر فى النكاح) أى فى باب نكاح الرقيق حيث قال : إذا بوأها ثم بدا له أن يستخدمها كان له ذلك لأن حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح . وقوله (ولو خدمته الجارية أحيانا من غير أن يستخدمها) ظاهر (وأم الولد فى هدا) أى فى عدم وجوب النفقة (والمدبرة كالأمة) ولم يذكر المكاتبة

(فصل)

(وعلى الزوج أن يسكنها فى دار مفردة ليس فيها أحد من أهله إلا أن تختار ذلك) لأن السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة ، وقد أوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة ، وإذا وجب حقا لها ليس له أن يشرك غيرها فيه لأنها تتضرر به ، فإنها لاتامن على متاعها ، ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع ، إلا أن تختار لأنها رضيت بانتقاص حقها (وإن كان له ولد من غيرها فليس له أن يسكنه معها) لما بينا ولو أسكنها فى بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لأن المقصود قد حصل (وله أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها)

ولم يذكر معهما المكاتبة لأنها فى استحقاق النفقة إذا تزوّجت بإذن المولى كالحرة لاختصاصها لنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة .

(فصــــل)

(قوله ليس فيها أحد من أهله) وأما أمته فقيل أيضا لايسكنها معها إلا برضاها ، والمختار أن له ذلك لأنه محتاج إلى استخدامها فى كل وقت ، فإذا أفردها فى بيت لايتمكن من ذلك غير أنه لا يطوءها بحضرتها كما أنه لايحل له وطء زوجته بحضرتها ولا بحضرة الضرّة (قوله مقرونا بالنفقة) فى قوله تعالى ـ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ـ فإن المراد وأنفقوا عليهن من وجدكم ، وكذلك قرأ ابن عباس : والسكنى بالملك أو الإجارة أو العارية واجبة إجماعا (قوله ليس له أن يسكنه معها) قيل إلا أن يكون صغيرا لايفهم الجماع فله إسكانه معها (قوله ولو أسكنها فى بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها) اقتصر على الغلق أفاد أنه وإن كان الخلاء مشتركا بعد أن يكون له غلق يخصه ، وليس لها أن تطالبه بمسكن آخر ، وبه قال القاضى الإمام لأن الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال ، ولابد من كون المراد كون الخلاء مشتركا بينهم وبين غير الأجانب ، والذى فى شرح المختار : ولو كانت فى الدار بيوت وأبت أن تسكن مع ضرّتها أو مع أحد من أهله إن أخلى لها بيتا وجعل له

لأنها إذا تزوّجت بإذن المولى فهى كالحرة فلا تحتاج إلى التبوئة لاستحقاق النفقة لأن منافعها على حكم ملكها لصيرورتها أخص بنفسها وبمنافعها بعقد الكتابة ـ ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة .

(فصــــل)

لما فرغ من بيان النفقة شرع فى بيان السكنى.. قال (وعلى الزوج أن يسكنها فى دار مفردة ليس فيها أحد من أهله إلا أن تختار ذلك لأن السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة ، وقد أوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة) حيث قال ـ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ـ . وفى قراءة ابن مسعود «أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم» (وإذا وجب السكنى حقا لها فليس له أن يشرك غيرها فيها لأنها تتضرر به فإنها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع) وكلامه واضح .

(فصل) وعلى الزوج أن يسكنها فى دار مفردة

لأن المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه (ولا يمنعهم من النظر إليها وكلامها فى أىّ وقت اختاروا) لما فيه من قطيعة الرحم ، وليس له فى ذلك ضرر ، وقيل لايمنعها من الدخول والكلام وإنما يمنعهم من القرار والدوام لأن الفتنة فى اللباث وتطويل الكلام ، وقيل لايمنعها من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها فى كل جمعة ، وفى غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح

مرافق وغلقا على حدة ليس لها أن تطلب بيتا ، ولو شكت أنه يضربها أو يؤذيها إن علم القاضى ذلك زجره وإن لم يعلم سأل من جيرانه فإن لم يوثق بها أو كانوا يميلون إليه أسكنها بين قوم أخيار يعتمد القاضى على خبرهم (قوله لما فيه) أى المنع من المكالمة (من قطيعة الرحم) فى الصحيح «لايدخل الجنة قاطع» ، وفيه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الرحم شجنة من الرحمن ، قال الله : من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته » والشجنة بكسر الشين وضمها . قال أبوعبيد : قرابة مشتبكة كاشتباك العروق . وقال الخطابى : يعنى بالشجنة الوصلة (قوله وقيل لايمنعها من الخروج إلى الوالدين ولايمنعهما من الدخول إليها فى كل جمعة) ظاهر الخلاصة أن فى كل جمعة يتصل بكل من خروجها ودخولهما فإنه قال فى الفتاوى : للزوج أن يضرب المرأة على أربع خصال ، وماهو فى معنى الأربع ترك الزينة والزوج يريدها وترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشة وترك الصلاة. وفى رواية : والغسل والخروج من البيت أما مالا تمنع من زيارة الأبوين فى كل جمعة وفى زيارة غيرهما من المحارم فى كل سنة ، وكذا إذا أراد أبوها أو قريبها أن يجىء إليها على هذا الجمعة والسنة انتهى . وقوله هو الصحيح احتراز عما ذهب إليه ابن مقاتل من أنه لايمنع المحرم من الزيارة فى كل شهر . وعن أبى يوسف فى النوادر تقييد خروجها بأن لايقدرا على إتيانها ، فإن كانا يقدران على إتيانها لاتذهب وهو حسن ، فإن بعض النساء لايشق عليها مع الأب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فتمنع ، وقد اختار بعض المشايخ منعها من الخروج إليهما ، وقد أشار إلىّ نقله فى شرح المختار ، والحق الأخذ بقول أبى يوسف إذا كان الأبوان بالصفة التى ذكرت ، وإن لم يكونا كذلك ينبغى أن يأذن لها فى زيارتهما فى الحين بعد الحين على قدر متعارف ، أما فى كل جمعة فهو بعيد ، فإن فى كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا إذا كانت شابة والزوج من ذوى الهيئات ، بخلاف خروج الأبوين فإنه أيسر ، ولو كان أبوها زمنا مثلا وهو محتاج إلى خدمتها والزوج يمنعها من تعاهده فعليها أن تغضبه مسلما كان الأب أو كافرا . وفى مجموع النوازل : فإن كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالإذن وبغير الإذن ، والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الأجانب وعيادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام ، فإن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك ، فإن وقعت لها نازلة إن سأل الزوج من العالم وأخبرها بذلك لايسعها الخروج ، وإن امتنع من السؤال يسعها أن تخرج من غير رضاه ، وإن لم يكن لها نازلة ولكن أرادت أن تخرج لتتعلم مسئلة من مسائل الوضوء

وقوله (وهو الصحيح) احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازى فإنه يقول : لايمنع المحارم من الزيارة فى كل شهر

(قال المصنف : وقيل لايمنعها من الخروج إلى الوالدين الخ) أقول : وفى مجموع النوازل : فإن كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالإذن وبغير الإذن والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الأجانب وعيادتهم والوليمة لايأذن لها ولاتخرج ، ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام : قال ابن الهمام ، وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه قاضيخان . قال فى فصل الحمام من فتواه : دخول الحمام مشروع للرجال والنساء جميعا إلى آخر ماقاله

(وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه ، وكذا إذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به) لأنه لما أقر بالزوجية والوديعة فقد أقر أن حق الأخذ لها لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه ، وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا

والصلاة إن كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر معها له أن يمنعها ، وإن كان لا يحفظ الأولى أن يأذن لها أحيانا ، وإن لم يأذن فلا شيء عليه ، ولا يسعها الخروج مالم يقع لها نازلة . وفي الفتاوى في باب القراءة : المرأة قبل أن تقبض مهرها لها أن تخرج في حوائجها وتزور الأقارب بغير إذن الزوج ، فإن أعطاها المهر ليس لها الخروج إلا بإذن الزوج ، ولا تسافر مع عبدها خصيا كان أو فحلا ، وكذا أبوها المجوسي والمحرم غير المراهق . بخلاف المراهق وحده ثلاثة عشر أو اثنتا عشر سنة ، ولا تكون المرأة محرما لامرأة ، وحيث أبحنا لها الخروج فإنما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة إلى مالا يكون داعية إلى نظر الرجال والاستمالة ، قال الله تعالى ـ ولا تبرّجن تبرّج الجاهلية الأولى ـ وقول الفقيه : وتمنع من الحمام خالفه فيه قاضيخان . قال في فصل الحمام من فتاواه : دخول الحمام مشروع للنساء والرجال جميعا خلافا لما قاله بعض الناس . روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنوّر ، وخالد بن الوليد دخل حمام حمص ، لكن إنما يباح إذا لم يكن فيه إنسان مكشوف العورة انتهى . وعلى ذلك فلا خلاف في منعهن من دخوله للعلم بأن كثيرا منهن مكشوف العورة . وقد وردت أحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤيد قول الفقيه منها النسائي والترمذي وحسنه والحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر رضي الله عنه عن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام إلا بمئزر ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام » وعن عائشة رضي الله عنها قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « الحمام حرام على نساء أمّتي » رواه الحاكم وقال صحيح الإسناد . وورد استثناء النفساء والمريضة . رواه أبو داود وابن ماجه عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ستفتح عليكم أرض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلنها الرجال إلا بالإزار ، وامنعوها النساء إلا مريضة أو نفساء » وفي سندهما عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الأفريقي وهو مختلف فيه ، قال أحمد : ليس بشيء قال ابن حبان : يروى الموضوعات عن الثقات ، قال الحافظ المنذري : وفيما قاله نظر لم يذكره البخاري في كتاب الضعفاء ، وكان يقوى أمره ويقول : ومقارب الحديث . وقال الدارقطني : ليس بالقوى ، ووثقه يحيى بن سعيد ، وروى عباش عن يحيى بن معين : ليس به بأس ، وقال أبو داود : قلت لأحمد بن صالح أيحتج به : يعني عبد الرحمن بن زياد ، فقال نعم (قوله يعترف به وبالزوجية) في حق الزوجة كان ينبغي أن يزيد قوله وبالنسب في الولد والوالد لأنه رتب على ماذكر من الاعتراف قوله فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه (قوله وكذا إذا علم القاضي ذلك) أي كلا الأمرين ، أما لو علم أحدهما احتاج في القضاء بالدفع إليهم إلى إقرار من عنده أو عليه في الصحيح دون البينة (قوله وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما هنا) فإنه أولى أن يقبل إقراره على نفسه بثبوت حق الأخذ لها مما في يده أو عليه إذا كان دينا وذلك

(وإذا غاب الرجل وله في يد رجل مال يعترف به وبالزوجية وطلبت الزوجة النفقة فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجته وولده الصغار ووالديه) وإن لم يعترف به الرجل ولكن علم القاضي ذلك فكذلك ، لأنه لما أقرّ

فإنه لو أنكر أحد الأمرين لاتقبل بينة المرأة فيه لأن المودع ليس بخصم فى إثبات الزوجية عليه ولا المرأة لخصم فى إثبات حقوق الغائب ،

لأنه لاطريق إلى إثبات حق الأخذ لها مما فى يده أوعليه إذاكان دينا إلا اعترافه ، بخلاف غيره فإن الحق يثبت فيه بالبينة كما يثبت بالاعتراف ، ولا سيما مركب من لا النافية للجنس ومنفيها وهو سى ومعناه المثل ، قال الشاعر :

فإياكم وحية بطن واد ‏ ‏ ‏ ‏ هموس الناب ليس لكم بسى

أى بمثل ولا شبيه ، وهو واحد سيان من قولك هما سيان ، وأصله سوى قلبت الواو ياء لسكونها بعد كسرة أو لاجتماعها مع الياء وسبق إحداهما بالسكون ، فإن جررت مابعد ما كزيد مثلا فى قولك أكرمنى القوم لا سيا زيد فهو على أن سيا مضاف إلى زيد وما زائد مقحم كقوله :

كل ماحى وإن أمــروا ‏ ‏ ‏ ‏ واردو الحوض الذى وردوا

وإن رفعته فعلى أن سيا يضاف إلى ما وهو موصول اسمى حذف صدر صلته ، والتقدير لا مثل الذى هو زيد ؛ وجاز كونه مضافا مع أن اسم لا يجب كونه نكرة لأنه بمعنى مثل ، ومثل لايتعرف بالإضافة وخبر لا محذوف ، وإذا كان كذلك فى كلا الوجهين خروج عن الأصل فى الجر ، بالزيادة بين المضاف والمضاف إليه ، وفى الرفع بحذف صدر صلة الموصول ، وهو إنما يقاس إذا طالت الصلة . واختار المحققون الجر على الرفع لأن زيادة ما أوسع من حذف المبتدإ مع ماينضم إليه من كونه فى خصوص ذلك الموقع ، وقد يقال زيادة ما فى نفسه كثير ولكن بين المتضايفين ممنوع فتكافآ ، وأما نصب ما بعد ما فقال ابن الدهان صاحب الغرة : لا أعرف له وجها ، وعن هذا لم يذكر ابن معط فى فصوله فى المستثنى بلا سيا سوى الجر والرفع ، وذكر بيت امرئ القيس :

ألا ربّ يوم لك منهن صالح ‏ ‏ ‏ ‏ ولا سيا يوم بدارة جلجل

بالوجهين ولم يذكر فيه النصب ، لكن قد روى النصب فيه أيضا فقيل على الظرف ، وقيل على التشبيه بالمفعول ، وقيل مجموع لاسيا بمنزلة إلا ، ومعنى الإخراج الذى يقتضيه إلا فيها هو الإخراج من ذلك الحكم بإثبات ماهو أبلغ منه ، فإذا قلت أكرمنى القوم لاسيا زيد فقد: أثبت له أبلغ من إكرامهم وقد جاء تخفيفها بحذف إحدى الياءين

بالزوجية والوديعة فقد أقر بأن لها حق الأخذ لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه لحديث هند امرأة أبى سفيان ، وإقرار صاحب اليد مقبول فى نفسه لاسيا ههنا ، فإن إقراره ههنا أشد قبولا من إقرار صاحب اليد فى غير هذا الموضع لتعين طريق إثبات الحق فى إقراره لعدم إثباته بالبينة (فإنه لو أنكر أحد الأمرين من الزوجية أو الوديعة لاتقبل بينة المرأة فيه) أى فى أحد الأمرين لأن إقامتها إن كانت لإثبات الزوجية فالمودع ليس بخصم فيه ، وإن كانت لإثبات الوديعة فالمرأة ليست بخصم فى إثبات حقوق الغائب ، وإذا ثبت عليه الحق بإقراره على نفسه تعدى إلى الغائب لكون ما أقر به ملكه ، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا أحضر صاحب الدين غريما للغائب أو مودعا له وهما معترفان بثبوت دين المدعى على الغائب ، فإن القاضى لايأمر بقضاء دينه من الوديعة والدين .

(قوله لتعين طريق إثبات الحق) أقول : أى عند القاضى (قوله لعدم إثباته الخ) أقول : أى لعدم إمكان إثباته .

وإذا ثبت فى حقه تعدى إلى الغائب ، وكذا إذا كان المال فى يده مضاربة ، وكذا الجواب فى الدين ، وهذا كله إذا كان المال من جنس حقها دراهم أو دنانير أو طعاما أو كسوة من جنس حقها ، أما إذا كان من خلاف جنسه لاتفرض النفقة فيه لأنه يحتاج إلى البيع ، ولا يباع مال الغائب بالاتفاق ،أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلأنه لايباع على الحاضر وكذا على الغائب ، وأما عندهما فلأنه إن كان يقضى على الحاضر لأنه يعرف امتناعه لايقضى على الغائب لأنه لا يعرف امتناعه . قال(ويأخذ منها كفيلا بها)نظرا للغائب لأنها بما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث إذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لانعلم له وارثا آخر حيث لايؤخذ منهم الكفيل عند أبى حنيفة لأن هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج

فقيل الأولى لأنها ساكنة وهو أضعف من المتحرك فكان حذفه أولى ، وقيل الثانية لأنها لام والإعلال فى اللام أولى. (قوله وإذا ثبت فى حقه) بإقراره أن حق الأخذ لها مما فى يده (تعدّى إلى الغائب ضرورة . أورد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما لو جاء صاحب الدين بمودع أو بمديون للغائب معترف بالدين والوديعة فإنه لايقضى عليه بالدفع إلى صاحب الدين . وأجيب بأن القضاء يتبع النظر للغائب ، فى الأمر بالإنفاق نظر له بإبقاء ملكه الثابت بالنكاح وإبقاء ماهو فى معنى نفسه : أعنى قرابة الولاد وليس فى قضاء دينه ذلك بل هو قضاء عليه بقول الغير (قوله فإنه لايباع على الحاضر) حتى لو امتنع عن أداء الدين وعنده أموال غير الأثمان لايبيع عليه القاضى بل يأمره أن يبيع هو ويقضى ، فإن لم يفعل حبسه أبدا حتى يبيع لأن البيع عليه حجر عليه ولا يحجر على العاقل البالغ ، وعندهما

وأجيب بأن أمر القاضى فى حق الغائب إنما هو للنظر له وفى الأمر بالإنفاق على المرأة ذلك إبقاء لملكه وليس فى قضاء الدين نظر ، لأن فيه قضاء عليه بقول الغير بإزالة ملكه ، ثم إذا جاز للقاضى أن يأمر المودع بالإنفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب فلأن يجوز بعلمه الذى لايحتمله أولى ، وكذا إذا كان المال فى يده مضاربة لأنه أمانة من وجه ، وكذا إذا كان دينا . وقوله (وهذا) أى ماذكرنا من جواز فرض القاضى النفقة إذا كان المال من جنس حقها فى النفقة دراهم أو دنانير أو طعاما أو كان ثيابا من جنس حقها فى الكسوة ، أما إذا كان المال من خلاف جنسه فلا يفرض النفقة فيه لأنه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب ههنا بالاتفاق ، أما عند أبى حنيفة فلأنه لايباع على الحاضر لأن البيع عليه إنما يكون بطريق الحجر ، والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح ، فكذا على الغائب ، بل بالطريق الأولى . وأما عندهما إن كان يقضى على الحاضر لأنه يعرف امتناعه المشروط فى جواز البيع . فلا يقضى على الغائب لعدم ذلك . قال (ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب) من عنده المال إذا اعترف به وبالزوجية ينظر القاضى فيحلفها أنها ما استوفت النفقة ، فإذا حلفت دفع إليها النفقة وأخذ منها كفيلا لجواز أن يحضر الزوج فيقيم البينة على إيفاء نفقتها ، فإن اتفق ذلك كان الزوج مخيرا فى أخذ أيهما شاء من المرأة ، والكفيل وكلامه واضح ،

(قوله وأجيب بأن أمر القاضى ، إلى قوله : بإزالة ملكه) أقول : وفيه اعتراف باحتياج ماذكر فى مقام التعليل إلى ضميمة ليتم (قوله بالإنفاق عليها بالبينة الخ) أقول : فيه بحث لما تقدم آنفا أن طريق إثبات الحق هنا منحصر فى إقراره . والجواب أن مراده بالبينة هو إقرار المودع (قوله وقوله وهذا : أى ماذكرنا من جواز فرض القاضى النفقة الخ) أقول : الزوجة أو الولد أو الوالدين على تقدير اعتراف المودع أو المضارب أو المديون بكلا الأمرين أو علم القاضى بذلك وهذا معنى قول المصنف كله كما لايخفى (قوله امتناعه المشروط) أقول : قوله المشروط صفة الامتناع .

ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغائب . قال (ولا يقضى بنفقة فى مال غائب إلا لهؤلاء) ووجه الفرق هو أن نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضى ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضى إعانة لهم ،أما غيرهم من المحارم فنفقتهم إنما تجب بالقضاء لأنه مجتهد فيه ، والقضاء على الغائب لايجوز ، ولو لم يعلم القاضى بذلك ولم يكن مقرا به فأقامت البينة على الزوجية أو لم يخلف مالا فأقامت البينة ليفرض القاضى نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لايقضى القاضى بذلك لأن فى ذلك قضاء على الغائب . وقال زفر : يقضى فيه لأن فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب ، فإنه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها ، وإن جحد يحلف ،فإن نكل فقد صدق ، وإن أقامت بينة فقد ثبت حقها ، وإن عجزت يضمن الكفيل أو المرأة ، وعمل القضاة اليوم على هذا أنه يقضى بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه ،

يبيع على الحاضر إذا امتنع من البيع (قوله ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة) ثم إذا جاء الغائب فهو على حجته فى إعطاء النفقة ، وفى كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها أن تأخذ بغير قضاء من ماله شرعا أصله حديث هند امرأة أبى سفيان المتقدم . وعن هذا قلنا لو كان للغائب حال حاضر فى بيته والقاضى يعلم الزوجية أطلق الأخذ منه ، ولا يكون هذا قضاء بل إيفاء ، والإيفاء لايمتنع بسبب الزوجية ؛ ألا يرى أن من أقر بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقر له من القاضى الإيفاء منه أجابه إلى ذلك (قوله إلا لهؤلاء) وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير . ويستدرك عليه الأولاد الكبار الإناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لأنهم كالصغار للعجز عن الكسب (قوله فنفقتهم إنما تجب بالقضاء) لاشك أن الوجوب ثابت بدليله قبل القضاء حتى كان عليه أن ينفق عليهم إذا كانوا فقراء ديانة ، وإنما المراد أنه لما كان مجتهدا فيه فقد يمتنع تمسكا بقول من يرى أن لاتجب النفقة فلا يعين عليه قول الوجوب إلا القضاء به فينتفى تأويله ويتقرر فى ذمته ويجبر عليه إذا امتنع . وفى الكافى : لو أنفق المديون أو المودع نفقة هؤلاء بغير أمر القاضى ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لايرجع على من أنفق

(ولا يقضى بنفقة فى مال غائب إلا لهؤلاء) يعنى زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه ، أما غيرهم من المحارم كالإخوة والأخوات والأعمام والعمات فلا يقضى بنفقتهم فيه . ووجه الفرق مذكور فى الكتاب . وقوله (لأن مجتهد فيه) قيل لأن الشافعى لايوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين ، وفيه نظر سيأتى . وقوله (ولو لم يعلم القاضى بذلك) متصل بقوله وكذا إذا علم القاضى بذلك . وقوله (و) لو (لم يكن) يعنى الرجل (مقرا به) متصل بقوله يعترف به وبالزوجية . وقوله (فأقامت البينة على الزوجية) يعنى فى الصورتين إذا كان ثمة وديعة ولكن ينكر الزوجية أو أقامها ليفرض القاضى نفقة فيما إذا لم يخلف مالا ولم يعلم القاضى بالزوجية وكلامه ظاهر .

(قال المصنف : ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة نظرا للغائب) أقول : وفى غاية البيان ولم يحتل بها ولا أبرأته منها اه . وفيه بحث إلا أن يراد الإبراء فى صورة الاختلاع (قال المصنف : أما غيرهم من المحارم فنفقتهم إنما تجب بالقضاء) أقول : قال تاج الشريعة : يعنى أن الأداء إنما يجب به ، أما نفس الوجوب فثابت عندنا اه . وإلا فليس للقاضى إيجاب مالم يكن أوجبه الشرع ، لأنه يكون قد شرع وليس كذلك لغير رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله وفيه نظر سيأتى) أقول : يعنى سيأتى بعد ورقتين ، ولعل وجه النظر أنها ثابتة بالدليل القطعى وهو قوله تعالى ـ وعلى الوارث مثل ذلك ـ فخلاف الشافعى رحمه الله لايعتد به كخلاف ابن المسيب فى التحليل بالنكاح وخلاف الشافعى فى حل متروك التسمية عامدا وسيصرح الشارح أن الآية دليل قطعى فى ذلك فى العتاق (قال المصنف : ولو لم يعلم القاضى الخ) أقول : ولو علم القاضى بالزوجية دون المال واعترف المودع بالمال دون الزوجية ينبغى أن يفرض النفقة ولم أر بعد عين المسئلة (قوله يعنى فى الصورتين) أقول : بل ذلك

وفى هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها .

(فصل)

(وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى فى عدتها رجعيا كان أو بائنا)

عليه ، ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضى يأمر بالإنفاق من الوديعة أولا لأنه أنظر للغائب فإن الدين محفوظ لايحتمل الهلاك بخلاف الوديعة (قوله وفى هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها) منها قول أبى حنيفة أولا : إذا جحد المديون أو المودع الزوجية تسمع بينتها على الزوجية لأنها تدعى حقا فيما فى يده من المال بسبب فكان خصما فى إثبات ذلك السبب ، كمن ادعى بيتا فى يد إنسان أنه له اشتراه من فلان الغائب ، ثم رجع إلى أنها لاتقبل منه وهو قولهما لأنها تثبت النكاح على الغائب ومن عنده المال ليس خصما فيه . ومنها ماقال به زفر رحمه الله من سماع بينتها على الزوجية ليفرض لها إذا لم يكن له مال حاضر ويأمرها بالاستدانة ، ثم رجع إلى قولهما . وقول زفر فى ذلك متقرر ، ونقل مثل قول زفر عن أبى يوسف فقوى عمل القضاة لحاجة الناس إلى ذلك .

[فروع] فى الفتاوى : امرأة قالت إن زوجى يطيل الغيبة عنى فطلبت كفيلا بالنفقة . قال أبو حنيفة : ليس لها ذلك ، وقال أبو يوسف : آخذ كفيلا بنفقة شهر واحد استحسانا . وعليه الفتوى ، فلو علم أنه يمكث فى السفر أكثر من شهر أخذ عند أبى يوسف الكفيل بأكثر من شهر . وعن أبى يوسف أيضا : لو كفل بنفقتها ماعاشت أو كل شهر أو ما بقى النكاح بينهما صح . وقال أبو حنيفة : هو على شهر واحد . ولو ضمن لها نفقة سنة جاز وإن لم تكن واجبة . ولو طلقها رجعيا أو بائنا والمسئلة بحالها كفل بنفقة عدتها كل شهر لأن العدة من أحكام النكاح .

(فصــل)

وقوله (فى هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها) من تلك الأقاويل ماذكروه من قولهم إذا جحد المديون أو المودع الزوجية بينهما والمال فى يده ، فقد كان أبو حنيفة يقول أولا : تقبل بينتها على الزوجية ، ثم رجع فقال : لاتقبل بينتها . ومنها ما إذا لم يكن للزوج الغائب مال حاضر فطلبت المرأة من القاضى أن يسمع بينتها على النكاح ليفرض النفقة على الغائب ويأمرها بالاستدانة لم يجب إلى شىء من ذلك لأن هذا قضاء على الغائب ، وهذا قول أبى حنيفة الآخر وهو قولهما . وأما قول أبى حنيفة الأول وهو قول زفر يجيبها إلى ذلك وهو المذكور فى الكتاب ، وإن كان للغائب دين أو وديعة وكل من المديون والمودع مقر بالدين والوديعة والنكاح فالقاضى يأمر أولا بالإنفاق من الوديعة لأن القاضى نصب ناظرا ونظر الغائب فى البداءة بالوديعة لأنها تحتمل الهلاك . بخلاف الدين .

(فصــل)

لما فرغ من بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما شرع فى بيانها بعد المفارقة (وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى فى عدتها رجعيا كان أو بائنا .

فى الصورة الأولى ، وأما إقامتها فى الصورة الثانية فيجىء أيضا عقيبه (قوله ومنها ما إذا لم يكن للزوج الخ) أقول : فيه تسامح ، والمراد ظاهر .

(فصل) وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة

وقال الشافعي : لانفقة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملا ، أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فإنه يحل له الوطء ، وأما البائن فوجه قوله ماروى عن فاطمة بنت قيس قالت : «طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة » ولأنه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لاتجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه ، بخلاف ما إذا كانت حاملا لأنا عرفناه بالنص - وهو قوله تعالى - وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن - الآية : ولنا أن النفقة جزاء احتباس على ماذكرنا ، والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد إذ العدة واجبة لصيانة الولد

(قوله وقال الشافعي رحمه الله : لانفقة للمبتوتة) وهي المطلقة ثلاثا والمختلعة إذ لابينونة عنده بغير ذلك (إلا أن تكون حاملا) فإن في بطنها ولده ، وحديث فاطمة بنت قيس رواه في صحيح مسلم « أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال : والله مالك علينا من سبيل ، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ليس لك نفقة ، وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، ثم قال : تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك ، فإذا حللت فآذنيني ، قالت : فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، وأما معاوية فصعلوك لامال له ، أنكحي أسامة بن زيد ، فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به » وأخرجه مسلم أيضا وقال فيه « لانفقة لك ولا سكنى » ورواه أيضا وقال فيه « إن أبا حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من تطليقها » وعلى هذا فتحمل رواية الثلاث على أنه أوقع واحدة هي تمام الثلاث ، وأمر لها الحرث بن هشام وعياش بن أبي ربيعة بنفقة فسخطتها فقالا : والله ليس لك نفقة إلا أن تكوني حاملا ، فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ، قولهما فقال : لانفقة لك » زاد أبو داود في هذا بإسناد مسلم عقيب قول عياش بن أبي ربيعة والحرث بن هشام ولا نفقة لك : إلا أن تكوني حاملا » وفي شرح الكنز نسبه إلى مسلم لكن الحق ماعلمت . وفي رواية لمسلم « أن أبا حفص

وقال الشافعي : لانفقة للمبتوتة) وهي التي طلقها الزوج ثلاثا أو طلقها بعوض وإن كانت واحدة (إلا إذا كان حاملا . أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فإنه يحل له الوطء) كما تقدم (وأما البائن فوجه قوله ماروى عن فاطمة بنت قيس الخ) رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه . وقوله (لأنا عرفناه) أي وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تعالى - وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن - والدليل على أنه في المطلقات آخر الآية وهو قوله تعالى - حتى يضعن حملهن - والنفقة في غير المطلقات غير مغياة بوضع الحمل .

(قال المصنف : أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم) أقول : فيه أن الزوجية زائلة عند الشافعي رحمه الله لوجود القاطع على مامر في آخر باب الرجعة (قوله والدليل على أنه في المطلقات آخر الآية ، وهو قوله تعالى - حتى يضعن حملهن - والنفقة في غير المطلقات غير مغياة الخ) أقول : فيه أن مفهوم الغاية غير معتبر عند الحنفية على ماسيصرح به الشارح في كتاب البيع وإن صرح غيره بخلافه ، والأولى أن يستدل برجوع الضمير إلى المطلقات فإن سياق النظم فيهن إلا أن يكون المراد الإلزام .

فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالإجماع وصار كما إذا كانت حاملا . وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضى الله عنه ، فإنه قال . لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لاندرى صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : «للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت فى العدة» ورده أيضا زيد ابن ثابت وأسامة بن زيد وجابر وعائشة رضى الله عنهم (ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) لأن احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فإن التربص عبادة منها .

ابن المغيرة المخزومى طلقها ثلاثا ثم انطلق إلى اليمن ، فقال لها أهله : ليس لك علينا نفقة ، فانطلق خالد بن الوليد فى نفر فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيت ميمونة » الحديث . والجواب أن شرط قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه ، والمتحقق فى هذا الحديث ضد كل من هذه الأمور ، أما طعن السلف فقد طعن عليها فيه أكابر الصحابة ممن سنذكر مع أنه ليس من عادتهم الطعن بسبب كون الراوى امرأة ولا كون الراوى أعرابيا ، فقد قبلوا حديث فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبى سعيد الخدرى فى اعتداد المتوفى عنها زوجها فى بيت زوجها مع أنها لاتعرف إلا فى هذا الخبر ، بخلاف فاطمة بنت قيس فإنها تعرف بذلك الخبر وبخبر الدجال حفظته مع طوله ووعته وأدته ، ثم قد ظهر لها من الفقه ما أفاد علما وجلالة قدر ؛ وهو مافى صحيح مسلم من « أن مروان أرسل إليها قبيصة بن أبى ذؤيب يسألها عن الحديث فحدثته به ، فقال مروان : لم نسمع هذا الحديث إلا من امرأة سنأخذ بالعصمة التى وجدنا الناس عليها ، فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان بينى وبينكم القرآن ، قال الله تعالى - لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة - إلى قوله تعالى - لاتدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا - قالت : هذا لمن كانت له مراجعة ، فأى أمر يحدث بعد ذلك ؟ فكيف تقولون لانفقة لها إذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها ؟ » وقبل عمر خبر الضحاك بن سفيان الكلابى وحده وهو أعرابى ، فجزمنا أن رد عمر وغيره لخبرها ليس إلا لما علموه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مخالفا له ، وقد استقر الحال عليه بعد وفاته صلى الله عليه وسلم بين السلف إلى أن روت فاطمة رضى الله عنها هذا الخبر مع أن عمر رده ، وصرح بالرواية ، بخلافه فى صحيح مسلم عن أبى إسحاق قال : كنت مع الأسود بن يزيد جالسا فى المسجد الأعظم ومعنا الشعبى فحدث الشعبى بحديث فاطمة بنت قيس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا

وقوله (وصار كما إذا كانت حاملا) اعترض عليه بأن الحائل لوكانت كالحامل فى وجوب النفقة لم يبق لتخصيص الحامل فى النص فائدة . وأجيب بأن الفائدة رفع الاشتباه ، وبيانه أن الحائل تستحق النفقة ثلاثة قروء ، وكان يشتبه بأن الحامل أيضا تستحق ذلك المقدار أو زيادة فرفع ذلك وقال : لها النفقة فى جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن . وقوله (ولا ندع كتاب ربنا) يريد به قوله تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم - ووجه ذلك أن الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع إلى مايملك به ، أما الإسكان فإنه قد يملك إسكانها فى غير ملكه حيث يسكن هو ولا يملك الإنفاق من غير ملكه ، وكان تقديره والله أعلم ماتلاه ابن مسعود : وأنفقوا عليهن من وجدكم . وقوله (سنة نبينا) يريد به قوله : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت فى العدة » وقوله (ورده أيضا زيد بن ثابت وأسامة بن زيد) هو زوج فاطمة الراوية ، فإن أسامة كان إذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شىء فى يده . وقالت عائشة : تلك المرأة فتنت العالم : أى بروايتها هذا الحديث . وقوله (ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) ظاهر .

. . . .

نفقة ، فأخذ الأسود كفا من حصا فحصبه به وقال : ويلك تحدث بمثل هذا ». قال عمر : لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة لاندرى حفظت أم نسيت ، لها السكنى والنفقة ، قال الله تعالى ـ لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ـ فقد أخبر أن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لها النفقة والسكنى . ولا ريب فى أن قول الصحابى من السنة كذا رفع فكيف إذا كان قائله عمر رضى الله عنه . وفيما رواه الطحاوى والدارقطنى زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « للمطلقة ثلاثا النفقة والسكنى » وقصارى ماهنا أن تعارض روايتها بروايته ، فأىّ الروايتين يجب تقديمها ؟ وقال سعيد بن منصور : حدثنا أبو معاوية ، حدثنا الأعمش عن إبراهيم قال : كان عمر رضى الله عنه إذا ذكر عنده حديث فاطمة قال « ما كنا نغير فى ديننا بشهادة امرأة » فهذا شاهد على أنه كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكنى فينزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ . والثقة إذا شذ لايقبل ماشذ فيه . ويصرح بهذا ما فى مسلم من قول مروان : سنأخذ بالعصمة التى وجدنا الناس عليها . والناس إذ ذاك هم الصحابة . فهذا فى المعنى حكاية إجماع الصحابة . ووصفه بالعصمة . وفى الصحيحين عن عروة أنه قال لعائشة ألم ترى إلى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة ، فخرجت فقالت : بئس ماصنعت ، فقال : ألم تسمعى إلى قول فاطمة؟ فقالت : أما إنه لا خير لها فى ذكر ذلك . فهذا غاية الإنكار حيث نفت الخبر بالكلية عنه ، وكانت عائشة : أعلم بأحوال النساء فقد كن يأتين إلى منزلها ويستفتين منه صلى الله عليه وسلم وكثر وتكرر . وفى صحيح البخارى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت لفاطمة : ألا تتقى الله تعالى : تعنى فى قولها : لاسكنى ولا نفقة . وقال القاضى إسماعيل : حدثنا نصر بن على ، حدثنى أبى عن هارون عن محمد ابن إسحاق قال أحسبه عن محمد بن إبراهيم أن عائشة قالت لفاطمة بنت قيس : إنما أخرجك هذا اللسان : يعنى أنها استطالت على أحمائها وكثر الشرّ بينهم فأخرجها عليه الصلاة والسلام لذلك . ويفيد ثبوته عن عائشة أن سعيد بن المسيب قد احتج به وهو معاصر عائشة ، وأعظم متتبع لأقوال من عاصره من الصحابة حفظا ودراسة ، ولولا أنه علمه عنها ما قاله ، وذلك ما فى أبى داود من حديث ميمون بن مهران قال : قدمت المدينة فدفعت إلى سعيد بن المسيب فقلت : فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها ، فقال سعيد : تلك امرأة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يد ابن أم مكتوم . وهذا هو المناسب لمنصب ابن المسيب فإنه لم يكن لينسب إلى صحابية ذلك من عند نفسه ، وكذا هو والله أعلم مستند سليمان بن يسار حيث قال : خروج فاطمة إنما كان عن سوء الخلق ، رواه أبو داود فى سننه عنه . وممن ردّه زوجها أسامة بن زيد حبّ رسول الله صلى الله عليه وسلم . روى عبد الله بن صالح قال : حدثنى الليث بن سعد ، حدثنى جعفر عن أبى هرمز عن أبى سلمة بن عبد الرحمن قال : كان محمد ابن أسامة بن زيد يقول : كان أسامة إذا ذكرت فاطمة شيئا من ذلك : يعنى من انتقالها فى عدتها رماها بما فى يده انتهى . هذا مع أنه هو الذى تزوجها بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان أعرف بالمكان الذى نقلها عنه إلى منزله حتى بنى بها ، فهذا لم يكن قطعا إلا لعلمه بأن ذلك غلط منها ، أو لعلمه بخصوص سبب جواز انتقالها من اللسن أو خيفة المكان وقد جاء ذلك أيضا ولم يظفر المخرج رحمه الله بحديث أسامة فاستغربه والله الميسر . وقال

. . . .

الليث : حدثنى عقيل عن ابن شهاب قال : أخبرنا أبو سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث فاطمة قال : فأنكر الناس عليها ما كانت تحدّث من خروجها قبل أن تحل . وفى معجم الطبرانى بسنده عن إبراهيم أن ابن مسعود وعمر رضى الله عنهما قالا : « المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة » . وأخرج الدارقطنى عن حرب بن أبى العالية عن أبى الزبير عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المطلقة ثلاثا لها النفقة والسكنى » قال عبد الحق : إنما يؤخذ من حديث أبى الزبير عن جابر ماذكر فيه السماع ، أو كان عن الليث عن أبى الزبير . وحرب بن أبى العالية أيضا لايحتج به ضعفه ابن معين ، والأشبه وقفه على جابر ، وهذا بتقدير تسليم ماذكره من توهين رفعه يردّ قول من ذكر أن جابرا على قول فاطمة . وقد تم بما ذكرنا بيان المعارض والطعن . وأما بيان الاضطراب فقد سمعت فى بعض الروايات أنه طلقها وهو غائب ، وفى بعضها أنه طلقها ثم سافر . وفى بعض الروايات أنها ذهبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته . وفى بعضها أن خالد بن الوليد ذهب فى نفر فسألوه صلى الله عليه وسلم : وفى بعض الروايات سمى الزوج أبا عمرو بن حفص . وفى بعضها أبا حفص بن المغيرة ، والاضطراب موجب لضعف الحديث على ماعرف فى علم الحديث . وممن رد الحديث زيد بن ثابت ومروان بن الحكم ، ومن التابعين مع ابن المسيب شريح والشعبى والحسن بن حى والأسود بن يزيد . وممن بعدهم الثورى وأحمد بن حنبل وخلق كثير ممن تبعهم . فإن قيل : هذا العذر بتقدير ثبوته إنما أسقط تلك السكنى والحال أنه صلى الله عليه وسلم قال لها : لانفقة لك ولا سكنى ، قلنا : ليس علينا أوّلا أن نشتغل ببيان العذر عما روت ، بل يكفى ماذكرنا من أنه شاذ مخالف لما كان الناس عليه . ولمروى عمر فى تركه كائنا هو فى نفسه ماكان . إلا أن الاشتغال بذلك حسن حملا لمرويها على الصحة . ونقول : فيه أن عدم السكنى كان لما سمعت . وأما عدم النفقة فلأن زوجها كان غائبا ولم يترك مالا عند أحد سوى الشعير الذى بعث به إليها فطالبت هى أهله على ما فى مسلم من طريق أنه طلقها ثلاثا ثم انطلق إلى اليمن فقال لها أهله : ليس لك علينا نفقة الحديث. فلذلك قال صلى الله عليه وسلم لها « لانفقة لك ولا سكنى » على تقدير صحته لأنه لم يخلف مالا عند أحد . وليس يجب لك على أهله شىء فلا نفقة لك على أحد بالضرورة . فلم تفهم هى الغرض عنه صلى الله عليه وسلم . فجعلت تروى نفى النفقة مطلقا فوقع إنكار الناس عليها . ثم إن فى كتاب الله تعالى من غير مانظرت فيه فاطمة بنت قيس مايفيد وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم - قد علم أن المراد: وأنفقوا عليهن من وجدكم ، وبه جاءت قراءة ابن مسعود المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرة له . وهذه الآية إنما هى فى البوائن بدليل المعطوف وهو قوله تعالى - عقيبه - ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن - ولو كانت الآية فى غير المطلقات أو فى الرجعيات كان التقدير : أسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم . وأنفقوا عليهن من وجدكم . وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن . ومعلوم أنه لامعنى حينئذ لجعل غاية إيجاب الإنفاق عليها الوضع . فإن النفقة واجبة لها مطلقا حاملا كانت أو لا ، وضعت حملها أو لا ، بخلافه ما إذا كانت فى البوائن فإن فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المعتدة الحامل فى تمام مدة الحمل لطولها والاقتصار على

ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتّى لايشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه، ولأن النفقة تجب شيئا فشيئا ولاملك له بعد الموت فلا يمكن إيجابها فى ملك الورثة (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها) لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما إذا كانت ناشزة، بخلاف المهر بعد الدخول لأنه وجد التسليم فى حق المهر بالوطء، وبخلاف ما إذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لأنها حبست نفسها بحق وذلك لايسقط النفقة كما إذا حبست نفسها لاستيفاء المهر (وإن طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها، وإن مكنت ابن زوجها) من نفسها (فلها النفقة) معناه: مكنت بعد الطلاق،

ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر، وكذا قوله تعالى - لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة - فإنه عام فى المطلقات، وقوله تعالى - فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف - يرجع إلى الرجعيات منهن، وذكر حكم خاص ببعض ما يتناوله الصدر لايبطل عموم الصدر (قوله ألا يرى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس مراعى فيها) استيضاح على أن وجوبها لحق الشرع عبادة فإنها لو لم تحض فيها انقضت العدة مالم يظهر حبل، وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول، ويعارض ذلك انقضاؤها إذا لم تعلم بموته حتى مضت مدة العدة. وأنت إذا أنعمت النظر فيما ذكرنا فى باب العدة فى المسئلة تداخل العدتين ظهر لك جواب هذا فارجع إليه وأتقنه (قوله وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة بمعصية) احترز به عما يجىء من قبل الزوج مطلقا وعما يجىء من قبلها بغير معصية فإن لها النفقة فيهما. والحاصل أن الفرقة إما من قبله أو قبلها، فى الأول لها النفقة مطلقا سواء كانت بغير معصية مثل الفرقة بطلاقه أو لعانه أو عنته أوجبه بعد الخلوة، ويشكل على إيجاب النفقة للملاعنة ماقدمناه فى باب اللعان فى الحديث من أنه صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها بيتا ولا قوتا عليه أو بمعصية مثل الفرقة بتقبيله بنت زوجته، أو إيلائه مع عدم فيئه حتى مضت أربعة أشهر، أو إبائه الإسلام إذا أسلمت هى، أو ارتد هو فعرض عليه الإسلام فلم يسلم لأن بمعصيته لاتحرم هى النفقة وأما الثانى فإما بمعصية مثل تمكينها ابن الزوج أو إبائها إذا أسلم هو وهى وثنية أو مجوسية وردتها فلا تجب لها نفقة لأنها والحالة هذه حابسة نفسها بغير حق فكانت كالناشزة، وإما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ووطء ابن الزوج لها مكرهة تجب لأنها حبست نفسها بحق لها أو عذرت شرعا فيه، ولها السكنى فى جميع الصور لأن القرار فى منزل الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها، أما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطه بمعصيتها (قوله بخلاف المهر بعد الدخول) يعنى أنه يجب لها وإن جاءت الفرقة من جهتها بمعصية لأنه وجد الموجب له وهو تسليم نفسها فتقرر الحق لها فيه قبل طرو المعصية (قوله وإن طلقها ثلاثا ثم ارتدت سقطت نفقتها) لا لعين الردة هنا لأن الفرقة لم تجىء بسببها فهى وتمكينها ابن الزوج بعد الطلاق الثلاث

وقوله (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها) إنما لم يتعرض للسكنى لأنها واجبة بأى فرقة كانت لأن القرار فى البيت مستحق عليها فلا يسقط بمعصيتها، فأما النفقة فواجبة لها فتسقط بمعصية من قبلها، وأما الردة فقد ذكرها شيخ الإسلام فى مبسوطه وقال: إنما تسقط نفقة المرتدة إذا أخرجت للحبس من بيت العدة، وأما إذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة (وإن طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها، وإن مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة) والفرق ماذكره فى الكتاب

لأن الفرقة تثبت بالطلقات الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين ، إلا أن المرتدة تحبس حتى تتوب ، ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لاتحبس فلهذا يقع الفرق :

سواء فكما لاتسقط النفقة بالتمكين هنا لاتسقط والعياذ بالله بالردة ، وإنما تسقط فى هذه الردة إذا أخرجت وحبست إذ لانفقة للمحبوسة كما أشار إليه المصنف فى التعليل ، أو إذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تخرج بعد هذه الردة كان لها النفقة ، ولوحبست أو لحقت فعادت إلى الإسلام ورجعت إلى بيتها عاد استحقاقها للنفقة ؛ وما ذكر فى الجامع من قوله ولو عادت إلى بيتها مسلمة أو مرتدّة عادت نفقتها ، بخلاف مابعد اللحاق ؛ يخالفه ماذكر فى الذخيرة : لوعادت إلى دار الإسلام فلها النفقة والسكنى ، ووفق بحمل المذكور فى الجامع على ما إذا حكم بلحاقها ، وما فى الذخيرة على ماقبل الحكم به ، بخلاف ما إذا وقعت الفرقة بالردة ؛ فإنها لو أسلمت وعادت إلى منزله لاتجب لها نفقة لأنها المفوتة لملك النكاح وهو لايعود بعودها إلى المنزل مسلمة ؛ ولو كان تمكينها وردتها فى عدة الطلاق الرجعى سقطت النفقة كما لو كانا قبل الطلاق لقيام النكاح فى الرجعى . وفى شرح الطحاوى : الأصل أن كل امرأة كانت لها نفقة يوم طلقت ثم صارت إلى حال لانفقة لها فلها أن تعود وتأخذ النفقة ، وكل امرأة لانفقة لها يوم طلقت فليس لها نفقة بعده ؛ فلو طلق الأمة بائنا وكانت مبوأة معه بيتا فأخرجها المولى إلى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها ، فإن أعادها إلى بيت الزوج تأخذ النفقة ؛ ولو لم يكن بوأها المولى فطلقت فأراد أن يبوئها مع الزوج فى العدة وتأخذ نفقتها لاتجب النفقة . وأورد عليه مالو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت إلى المنزل فى العدة فإنها تعود نفقتها . وأجيب بأن النفقة كانت واجبة إلا أنها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها أن تعود فتأخذه ، وهذا لايدفع الوارد على لفظ الأصل المذكور . ولو تطاولت العدة كانت لها النفقة مالم تدخل فى سن الإياس فتعتد بثلاثة أشهر . وعن هذا قلنا : لو صالح المعتدة على نفقة العدة بشىء معلوم ، إن كانت العدة بالشهور جاز لأنها معلومة ، وإن كانت بالحيض لايجوز لأنها مجهولة لاحتمال أن يمتد الطهر بها ، وإذا لم تطالب بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كالتى فى العصمة إلا أن تكون مفروضة . ولو أبرأته عن النفقة فى المستقبل وهى زوجة لم يصح ، ولو أبرأته عنها فى عقد الخلع صح لأن الإبراء فى الخلع إبراء بعوض وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز . وأما الأول فالإبراء إسقاط وإسقاط الشىء قبل وجوبه لايجوز ، ثم القول قول المطلقة فى انقضاء العدة مع يمينها إذا كانت من ذوات الحيض . ولو كانت ادعت حبلا وأنفق عليها إلى سنتين ، فإن قالت بعدهما كنت اعتقدته حبلا فظهر أنه ليس إياه وأنا حائل لم أحض وقال بل ادعيت الحبل كذبا وظهر كذبك فلا نفقة لك لايلتفت القاضى إلى قوله ويأمره بالإنفاق حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل فى سن الإياس فتعتد بثلاثة أشهر ، ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها إلى ثلاثة أشهر . وقال الفضلى : لاتنقضى عدتها بذلك بل يوقف حالها لاحتمال حبلها فينفق عليها حتى تنقضى عدتها ، كذا ذكر هذا الفرع بعضهم . وفى الخلاصة : عدة الصغيرة ثلاثة أشهر إلا

وهو واضح . قال فى النهاية : وهذا الذى ذكرنا كله فى الطلاق البائن والطلقات الثلاث ، وأما المعتدة بالطلاق الرجعى إذا وطئها ابن الزوج أو قبلها بشهوة وهى مطاوعة أو ارتدت فحبست أو لم تحبس فلا نفقة لها لأن الطلاق الرجعى لايقع به الفرقة وكان وقوع الفرقة لسبب وجد منها وهو معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة ، بخلاف الطلاق البائن .

(فصل)

(ونفقة الأولاد الصغار على الأب لايشاركه فيها أحد كما لايشاركه فى نفقة الزوجة)

إذا كانت مراهقة فينفق عليها مالم يظهر فراغ رحمها هذا فى المحيط اه من غير ذكر خلاف وهو حسن . وفيها : رجل غاب فتزوجت امرأته بآخر ودخل بها الزوج الثانى فحضر الزوج الأول فرّق بينها وبين الزوج الثانى ولا نفقة لها على الزوج الأول حتّى تنقضى عدة الثانى ، فإن طلقها وهى فى عدة الثانى لم تجب نفقة العدة على الزوج الأول ولا على الثانى مادامت فى عدة الثانى ، فإذا انقضت عدة الثانى تجب ، ولو تزوّجت المعتدة ودخل بها زوجها لاتجب نفقة العدة على الزوج ، كذا فى الأقضية . وفى الفتاوى قال : تجب على الزوج الأول ، هكذا ذكر فى المحيط ، وتأويله إذا تزوجت فى بيت العدة ، أما إذا خرجت فلا .

(فصـــل)

(قوله ونفقة الأولاد الصغار على الأب لايشاركه فيها أحد) قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الإطلاق بل الأب إما غنىّ أو فقير ، والأولاد إما صغار أو كبار ، فالأقسام أربعة : الأول أن يكون الأب غنيا والأولاد كبارا ، فإما إناث أو ذكور ، فالإناث عليه نفقتهن إلى أن يتزوجن إذا لم يكن لهن مال ، وليس له أن يؤاجرهن فى عمل ولا خدمة وإن كان لهن قدرة ، وإذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الأب ؛ والذكور إما عاجزون عن الكسب لزمانة أو عمى أوشلل أوذهاب عقل فعليه نفقتهم ، وكذا إذا كان من أبناء الكرام لايجد من يستأجره فهو عاجز ،وكذا طلبة العلم إذا كانوا لايهتدون إلى الكسب نفقتهم على آبائهم ؛ قال الحلوانى : ورأيت فى موضع : هذا إذا كان بهم رشد ، وقوله لايشاركه فيها أحد على الإطلاق فى الصغار ، أما الكبار فعلى الظاهر كما سيأتى وإن لم يكونوا عاجزين لانفقة لهم . الثانى أن يكون الأب غنيا وهم صغار ، فإما أن يكون لهم مال أو لا ، فإن لم يكن فعليه نفقتهم إلى أن يبلغ الذكر حد الكسب وإن لم يبلغ الحلم ، فإذا كان هذا كان للأب أن يؤاجره وينفق عليه من أجرته وليس له فى الأنثى ذلك ، فلو كان الأب مبذرا يدفع كسب الابن إلى أمين كما فى سائر أملاكه ؛ وإن كان لهم مال فإما حاضر أوغائب ، فإن كان حاضرا فنفقتهم فى مالهم لايجب على الأب شىء منها ، وإن كان غائبا وجبت على الأب ، فإن أراد أن يرجع فى مالهم ينفق بإذن القاضى فى ذلك ، فلو أنفق بلا أمره ليس له الرجوع فى الحكم إلا أن يكون أشهد أنه أنفق ليرجع ، ولو لم يكن أشهد لكن أنفق بنية الرجوع لم يكن له فى الحكم رجوع ، وفيما بينه وبين الله تعالى يحلّ له أن يرجع . الثالث أن يكون الأب فقيرا ، فإن كانوا أغنياء وكبارا

(فصـــل)

(لمـا فرغ من بيان نفقة الزوجات شرع فى بيان نفقة الأولاد الصغار على الأب خاصة لايشاركه فيها غيره) فى ظاهر الرواية ،وقد روى عن أبى حنيفة أن النفقة على الأب والأم أثلاثا بحسب ميراثهما لقوله تعالى ـ وعلى الوارث

(فصـــل)

لقوله تعالى ـ وعلى المولود له رزقهن ـ والمولود له هو الأب

قادرين فلا إشكال أن نفقته هو عليهم ، وإن كانوا صغارا أغنياء فكذلك أيضا . الرابع أن يكونوا فقراء وهم صغار أو كبار عاجزون والأب أيضا عاجز عن الكسب ، فالخصاف قال : يتكفف الناس وينفق عليهم ، وقيل نفقتهم فى بيت المال ، وإن كان قادرا على الكسب اكتسب ، فإن امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون ، ولا يحبس والد وإن علا فى دين ولد له وإن سفل إلا فى النفقة لأن الامتناع إتلاف النفس ولا يحل للأب ذلك ، وكذا لو عدا الأب على ابنه بسيف بحيث لا يندفع عنه إلا بقتله حل له قتله ، وإذا لم يف كسبه بحاجتهم أو لم يكتسب لعدم تيسر الكسب أنفق عليهم القريب ورجع على الأب إذا أيسر . وفى جوامع الفقه : إذا لم يكن للأب مال والجد أو الأم أو الخال أو العم موسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الأب إذا أيسر ، وكذا يجبر الأبعد إذا غاب الأقرب ثم يرجع عليه ، فإن كان له أم موسرة فنفقته عليها ، وكذا إذا لم يكن له أب إلا أنها ترجع فى الأول ، وما نقل ابن قدامة عن الأئمة الأربعة من عدم الرجوع فيه نظر ، وإن كان له جد وأم موسران فنفقته عليهما على قدر ميراثهما فى ظاهر المذهب . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنها على الجد وحده لجعله كالأب ، وبه قال الشافعى . وفى نفقات الشهيد : خلع امرأته وغاب عنها فطالبت عمهم فعلى العم ثلثا نفقتهم وعلى الأم الثلث إذا كانا موسرين ويكون دينا على الأب يرجعان عليه إذا كان بأمر الحاكم . قال القاضى : هذا إذا كانت الغيبة منقطعة (قوله لقوله تعالى ـ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وجه الاستدلال أنه أوجب على الأب رزق الوالدات . وعبر عنه بالمولود له للتنبيه على علة الإيجاب عليه . وهو الولاد له لما عرف من أن تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدإ الاشتقاق علة له ، فإذا وجب نفقة غيره بسببه فوجوب نفقة نفسه أولى ، وحين ثبتت نفقته بطريق أولى تبين أن نفقة الوالدة هى نفقة الولد لأن الولد يحتاج إليها فى الخدمة والتربية والرضاع ، حتى إن اللبن الذى هو مئونته إنما يستحيل لبنا من غذائها ، فإيجاب نفقتها عليه إيجاب نفقته عليه ، إذ ليست النفقة سوى إخراج مايحتاجه المحتاج إليه لكفايته ، وقد تقدم فى الكتاب مايشير إلى أن نفقة الخادم من نفقة المرأة وإن كانت نفقة شخص آخر بل يدخل فيها الكسوة والسكنى . فى الخلاصة . قال هشام : سألت محمدا عن النفقة فقال هى الطعام والكسوة والسكنى ولأنه جزؤه

مثل ذلك ـ ووجه الظاهر قوله تعالى ـ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ـ قيل فى وجه الاستدلال أن رزق الوالدات لما وجب على الأب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الأولى . وبيان ذلك أن وجوب نفقتهن عليه كان بسبب الولد لأن الحكم ترتب على مشتق ، وترتبه على المشتق دليل على علية المشتق منه لذلك كما فى السارق والزانى ، وفيه نظر لما تقدم أن علة نفقتهن على الزوج هو الاحتباس ، ولا يجوز أن يكون غيره علة لئلا يتوارد علتان على معلول واحد . والجواب أن العلة هو الولاد لكونه هو المؤثر فى وجوب النفقة إذ هو السبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد ، وكما تجب النفقة على نفسه تجب على جزئه ، والاحتباس علة العلة والعقد الصحيح سبب يفضى إليه ، فيجوز إضافة الحكم إليه قبل تحقق الولاد ، فإذا تحقق يضاف الحكم إليه ، ويجوز أن يقال استدل بالآية على نفى مشاركة أحد فى نفقة الزوجة بتقديم الظرف . وقاس عليه نفى المشاركة فى نفقة الولد لأن كلا منهما لايقبل الاشتراك ، فكذا النفقة الثابتة بهما ، وإذا انتفى الاشتراك فإما أن يثبت على الأب أو على غيره لا سبيل إلى

(قوله ويجوز أن يقال استدل بالآية الخ) أقول : يأبى عن الحمل على ذلك قوله فيما سيأتى أما الولد فلإطلاق النص (قوله لايقبل الاشتراك) أقول : فيه تأمل .

(فإن كان الصغير رضيعا فليس على أمه أن ترضعه) لما بينا أن الكفاية على الأب وأجرة الرضاع كالنفقة ولأنها عساها لاتقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه . وقيل فى تأويل قوله تعالى - لاتضارّ والدة بولدها - بإلزامها الإرضاع مع كراهتها ، وهذا الذى ذكرنا بيان الحكم ، وذلك إذا كان يوجد من ترضعه ،أما إذا كان لاتوجد من ترضعه تجبر الأم على الإرضاع صيانة للصبىّ عن الضياع . قال (ويستأجر الأب من ترضعه عندها) أما استئجار الأب فلأن الأجر عليه ، وقوله عندها معناه إذا أرادت ذلك لأن الحجر لها (وإن استأجرها وهى زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة . قال الله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن - إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها ، فإذا أقدمت عليه بالأجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز أخذ الأجر عليه ، وهذا فى المعتدة عن طلاق رجعى رواية واحدة لأن النكاح قائم ، وكذا فى المبتوتة فى رواية ، وفى رواية أخرى: جاز استئجارها لأن النكاح قد زال . وجه الأولى أنه باق فى حق بعض الأحكام (ولو استأجرها وهى منكوحته أو معتدته لإرضاع ابن له من غيرها جاز)

فكان كنفسه (قوله وليس على الأم أن ترضعه) يعنى فى الحكم إذا امتنعت وإن كانت الزوجية قائمة وهو مقيد بالقيد الذى سنذكره (قوله وهذا الذى ذكرنا بيان الحكم) أى عدم الجبر بيان الحكم قضاء بمعنى أنها إذا امتنعت لايجبرها القاضى عليه وهو واجب عليها ديانة ، وكذا غسل الثياب والطبخ والخبز وكنس البيت واجب عليها ديانة ، ولا يجبرها القاضى عليه إذا امتنعت لأن المستحق عليها بالنكاح تسليم نفسها للاستمتاع (قوله وذلك) أى عدم الجبر إذا وجد من ترضعه ، فإذا لم يوجد أو وجد ولم يقبل هو ثدى غيرها أجبرت على إرضاعه صيانة له عن الضياع . وذكر الحلوانى أن ظاهر الرواية لاتجبر لأن الولد قد يتغذى بالدهن والشراب فلا يؤدى ترك إجبارها إلى التلف ، وإلى الأول مال القدورى والسرخسى وهو الأصوب ، لأن قصر الرضيع الذى لم يأنس الطعام على الدهن والشراب سبب تمريضه وموته (قوله معناه إذا أرادت ذلك ، لأن الحجر لها) أى التربية لها بحق الحضانة وهذا بناء على ماتقدم ، وقد قدمنا من اختيار الفقيهين الهندوانى والسمرقندى أنها تجبر على الحضانة ، وفى كلام الحاكم الشهيد ما يفيده مما قدمناه ، ثم لايلزم المرضعة أن تمكث فى بيت الأم إلا أن يشترط ذلك ، بل لها أن ترضعه ثم ترجع إلى منزلها فيما يستغنى عنها فيه من الزمان أو تحمل الصبى معها إليه أو تقول أخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبى إلى أمه (قوله وجه الأولى) لما كان التشبيه لايستلزم عموم وجه الشبه لم يكتف بقوله قبل هذا وكذا فى المبتوتة فى رواية بعد قوله : وهذا يعنى عدم الاستئجار فى المعتدة عن طلاق رجعى رواية واحدة لأن النكاح قائم ، وإلا لو اعتبر عموم الشبه كان ذلك تشبيها فى الحكم والوجه ، وأيضا ربما يكون تأخير ذكر وجهه للايماء إلا أنه المختار عنده ، وكذا ظاهر إطلاق القدورى المعتدة فى قوله أو معتدته . وإن كان مقابله هو ظاهر الرواية كما صرح به بعضهم ، إذ من عادته تأخير وجه القول المختار . والحاصل أن قيام العدة هو قيام نفس النكاح من وجه على ماحققناه فى فصل المحرمات من كتاب النكاح فارجع إليه ، ولهذا وجبت النفقة وامتنع

الثانى فتعين الأول (وإن كان الصغير رضيعا فليس على الأم أن ترضعه لما بينا أن الكفاية على الأب وأجرة الرضاع كالنفقة) فكما أنه يجب عليه نفقته إذا فطم يجب عليه أن يستأجر من ترضعه إذا وجدت ، ولأنها قد لاتقدر على الإرضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه ، وقيل قوله تعالى - لاتضار والدة بولدها - معناه بإلزامها الإرضاع مع كراهتها. فإن قيل : فما معنى قوله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين - قلت : إن كان معناه

لأنه غير مستحق عليها (وإن انقضت عدتها فاستأجرها) يعنى لإرضاع ولدها (جاز) لأن النكاح قد زال بالكلية وصارت كالأجنبية (فإن قال الأب لاأستأجرها وجاء بغيرها فرضيت الأم بمثل أجر الأجنبية أو رضيت بغير أجر كانت هى أحق لأنها أشفق فكان نظرا للصبى فى الدفع إليها (وإن التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها) دفعا للضرر عنه وإليه الإشارة بقوله تعالى ـ لاتضارّ والدة بولدها ولامولود له بولده ـ أى بإلزامه لها أكثر من أجرة الأجنبية (ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه فى دينه . كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وإن خالفته فى دينه) أما الولد فلإطلاق ماتلونا ، ولأنه جزؤه فيكون فى معنى نفسه ، وأما الزوجة فلأن السبب هو العقد الصحيح فإنه بإزاء الاحتباس الثابت به ، وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة .

شهادته لمعتدته عن ثلاث أو بائن ، وكذا لايجوز استئجارها للإرضاع (قوله وإن انقضت عدتها فاستأجرها) اعلم أن حاصل كلامهم أن الإرضاع واجب عليها مقيد بعدم الضرر بقوله تعالى ـ لاتضارّ والدة بولدها ـ والضرر يتحقق عند العجز عن إرضاعه إذا ألزمت والعجز مبطن فأقيم امتناعها عنه مقام حقيقته لأن امتناعها عن الإرضاع مع داعية حنوّ الوالدة ظاهر فى عجزها عنه ، فلذا لم تجبر عليه إذا امتنعت ، فإذا أقدمت عليه بالأجر وهى منكوحة أو معتدة عن رجعى أو مطلقا على ماهو الأوجه ظهر عدم عجزها فظهر الوجوب عليها ولا أجر يستحق فى مقابلة فعل الواجب . ولا يخفى أن هذا المعنى بعينه ثابت فيما إذا استأجرها لإرضاع ولدها منه بعد انقضاء العدة ، ومقتضاه أن لايجوز بعد العدة أيضا كما قبلها ، وهذا لأن الوالدات فى قوله تعالى ـ والوالدات يرضعن ـ أعم من البائنات فكان الإيجاب عاما على المنكوحات والرجعيات والبوائن قبل العدة وفيها وبعدها ، والمانع من أخذ الأجرة

الإخبار عن فعلهن حين فعلن فلا يحتاج إلى جواب . وإن كان معناه الأمر وهو الظاهر كان محمولا على الندب أو الوجوب إذا لم يوجد من يرضعه أو لم يقبل الصغير على ثدى غيرها وهو الذى أشار إليه المصنف بقوله أما إذا كان لايوجد من ترضعه تجبر على الإرضاع صيانة للصبىّ عن الضياع ، أو هو محمول على الوجوب عليها تدينا ؛ حتى لايجوز استئجارها على الإرضاع إذا كانت فى عصمته أو عدته على ماذكره فى الكتاب واستدل به . فإن قيل : إذا كان بمعنى الأمر وجب أن يتناول بإطلاقه المنكوحة والمبانة . قلت : إن قوله تعالى ـ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن فى المطلقات ، وأوجب إيتاء أجورهن عند الإرضاع . فلو كان قوله يرضعن على إطلاقه لوجب الإرضاع على المطلقات ، وفى ذلك إبطال عمل إحدى الآيتين فوجب حمله على المنكوحة ومن فى معناها وهى المطلقة الرجعية رواية واحدة والمبتوتة فى رواية إذا كانت فى العدة عملا بالدليلين بقدر الإمكان وكلامه واضح . وقوله (ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه فى دينه) بأن أسلم الابن بنفسه والأب كافر أو على العكس لما أن إسلام الصبى العاقل وارتداده صحيح (كما تجب نفقة الزوجة وإن خالفته فى دينه ، أما الولد فلإطلاق ماتلونا) يريد به قوله تعالى ـ وعلى المولود له رزقهن ـ الآية (ولأنه جزؤه فيكون فى معنى نفسه) وكفره لايؤثر فى نفقة نفسه فكذا فى نفقة جزئه (وأما الزوجة فلأن السبب هو العقد الصحيح ، فإنه) يعنى وجوب النفقة (بإزاء الاحتباس الثابت به) أى بالعقد الصحيح ، والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة والكتابية موجود ،

(قوله وإن كان معناه الأمر وهو الظاهر كان محمولا على الندب الخ) أقول : الأمر للإيجاب والتقييد لابد له من دليل ، والأصل هو الوجوب فى القضاء .

وفى جميع ماذكرنا إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن للصغير مال ، أما إذا كان فالأصل أن نفقة الإنسان فى مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا .

(فصل)

والاستئجار هو الوجوب وهو عام فيعم المنع الكل إذا ظهرت قدرتهن وذلك بالإقدام على الإرضاع بأجر . وغاية مايقال : إن الإرضاع من نفقته وهى على الأب لا الأم . ويدفع بأن هذه النفقة أوجبها الذى له ولاية الإيجاب على الأم بعد أن أوجب رزقه لها بإدرار الثدى فلم يبق منها سوى الفعل الاختيارى فأوجب عليها إلقامه ثديها ، وثبوت هذا الإيجاب بالنص المذكور : أعنى يرضعن أولادهن ، والحق أنه أوجب عليها مقيدا بإيجاب رزقها عليه بقوله ـ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ـ فى حال الزوجية والعدة وهو قائم برزقها وفيما بعد العدة لايقوم بشىء فتقوم الأجرة مقامه (قوله وفى جميع ماذكرنا إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن للصبىّ مال) وأطلقه فعم جميع أصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى إذا كان له ذلك فقط فللأب أن يبيعه وينفقه عليه ، وكذا يعطى منه أجر رضاعه ، وهذا لأن إيجاب نفقة أحد الموسرين على الآخر إذا لم يكن الاحتباس ذلك له ليس بأولى من إيجاب نفقة ذلك عليه ، بخلاف نفقة الزوجة فإنها محتبسة لغرض الآخر فنفقتها عليه وإن كانت غنية . أما الولد فنفقته للحاجة ، وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره كنفقة المحارم ، والله أعلم .

(فصـــل)

والاحتباس مترتب عليه فيكون السبب موجودا فتجب النفقة . فإن قيل : سلمنا أن السبب موجود لكن لم لايجوز أن يكون الكفر مانعا كما فى استحقاق الإرث ؟ فالجواب أن ماكان سببه العقد فالكفر لاينافى وجوبه كالمهر وثمن المبيع وغيرهما والميراث ليس سببه العقد ، وإنما مبناه على الولاية والكفر ينافيها . وأقول : لو استدل على نفقة الزوجة أيضا بإطلاق قوله تعالى ـ وعلى المولود له ـ الآية كان أسهل تأتيا لأنه يدل على نفقتهن بعبارته وعلى نفقة الولد بالدلالة كما تقدم ولم يحتج إلى دفع مايوهم كلامه من التردد فى سبب النفقة ، فإنه جعله ههنا العقد الصحيح وجعله فى قوله ـ وعلى المولود له ـ الولاد وقبله الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه . وقوله (فى جميع ماذكرنا) أى من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته إنما تجب على الأب إذا لم يكن للصغير مال وتنكير مال يشير إلى عمومه بوقوعه فى سياق النفى سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها أو دورا أو عقارا أو ثيابا . قال فى الذخيرة : إذا كان للصغير عقار أو ثياب واحتيج إلى ذلك للنفقة كان للأب أن يبيع ذلك كله وينفق عليه لأن الأصل فى نفقة الإنسان أن يكون فى مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا . واعترض بأن نفقة المرأة على زوجها وإن كان لها مال فالأصل منقوض. والجواب أن الأصل عبارة عن حالة مستمرة لاتتغير إلا بأمور ضرورية ، وقد تحقق فى نفقة المرأة أمر ضرورى فيتغير ، وذلك لأن نفقة المرأة فى مقابلة الاحتباس، فما دام الاحتباس قائما كانت النفقة واجبة تحقيقا للمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنى .

(فصـــل)

(فصـــل)

(وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجدّاته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه فى دينه) أما الأبوان فلقوله تعالى ـ وصاحبهما فى الدنيا معروفا ـ نزلت الآية فى الأبوين الكافرين ، وليس من المعروف أن يعيش فى نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا ، وأما الأجداد والجدّات فلأنهم من الآباء والأمهات ولهذا يقوم الجدّ مقام

(قوله وعلى الرجل) أى الموسر (قوله وأجداده) يدخل فيه الجد لأب والجد لأم وإن علوا ، وفى جداته جداته لأبيه وجداته لأمه وإن علون . وقوله إذا كانوا فقراء يوافق بإطلاقه قول السرخسى حيث قال : إذا كان الأب قادرا على الكسب يجبر الابن على نفقته ، بخلاف قول الحلوانى : إنه لايجبر إذا كان الأب كسوبا لأنه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة فى إيجاب النفقة على الغير ، وإذا كان الابن قادرا على الكسب لاتجب نفقته على الأب ، فلو كان كل منهما كسوبا يجب أن يكتسب الابن وينفق على الأب فالمعتبر فى إيجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر . قيل هو ظاهر الرواية لأن معنى الأذى فى إيكاله إلى الكد والتعب أكثر منه فى التأفيف المحرّم بقوله تعالى ـ فلا تقل لهما أفّ ـ ولا خلاف فى استحقاق الزوجة الغنية لأنه فى مقابلة احتباسه إياها لاستيفاء حق مقصود له فكان كاستحقاق القاضى الغنى (قوله نزلت فى الأبوين الكافرين) بدليل ماقبله وهو قوله تعالى ـ وإن جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلاتطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا واتبع سبيل من أناب ـ إلىّ ـ ففرض سبحانه مصاحبتهما بالمعروف ، وليس من المعروف أن يتركهما مع الجوع والعرى ويتقلب هو فى النعم إلى أن محملها على غير الحربيين ، فأما الآباء الحربيون وإن كانوا مستأمنين فى دارنا لايجبر الابن على النفقة عليهم لقوله تعالى ـ لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرّوهم ـ إلى قوله ـ إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين ـ الآية بينها وبين آية الأبوين عموم وخصوص من وجه فيتصادقان فى الأبوين الحربيين وتنفرد آية المصاحبة فى غير الحربيين وآية النهى فى غير الأبوين فتعارضا فى الأبوين الحربيين فقدمت آية النهى لتقديم المحرم على المبيح . ولقائل أن يقول : النهى إنما يتعلق بالذين تحقق منهم قتال فى الدين وإخراج المسلمين من ديارهم وهم أهل مكة فلا يتناول الأبوين الحربيين اللذين لم يتحقق منهما قتال ولا مظاهرة على إخراج ، ولا يصح القياس على أهل مكة بمجرد جامع كونهم حربا لأن الحكم علق بمجموع من تحقق القتال والإخراج منه ، وأيضا صرح النص بعدم النهى عنه بقوله تعالى ـ لاينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ـ ومعلوم أن الذين لم يقاتلوا أيضا حربيون (قوله وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات) ظاهره أنهم يدخلون فى اللفظ :

لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع فى بيان نفقة الوالد (ويجب على الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه فى دينه ، أما الأبوان فلقوله تعالى ـ وإن جاهداك على أن تشرك بى ماليس لك به علم فلاتطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا ـ) قيل نزلت فى سعد بن أبى وقاص حين أسلم وقالت له أمه جميلة : ياسعد بلغنى أنك صبوت ، فوالله لايظلنى سقف بيت من الضح والريح ولا آكل ولا أشرب حتى تكفر بمحمد وترجع إلى ماكنت عليه وكان أحبّ ولدها إليها ، فأبى سعد وصبرت هى ثلاثة أيام ولم تأكل ولم تشرب ولم تستظل ثلاثة أيام حتى غشى عليها ، فأتى سعد النبى صلى الله عليه وسلم وشكا إليه ذلك ، فنزلت هذه الآية (وليس من المعروف أن يعيش الولد فى نعم الله ويترك ماكان سببا له فى تلك المعيشة يموت من الجوع) وقد قيل فسر النبى صلى الله عليه وسلم

(وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده الخ) أقول : لم يذكر المصنف ههنا أن الأب إذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الإنفاق عليه أولا ؟ قال شمس الأئمة السرخسى : إذا كان الأب كسوبا والابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب . وقال شمس الأئمة الحلوانى : لايجبر على ذلك ، واعتبره بذى الرحم المحرم . ووجه الفرق مذكور فى العناية وغيرها ، واختار المصنف ماذكره السرخسى كما سيجىء بعد سطور (قال المصنف : وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات) أقول : فيتناولهما النص ، وفيه نظر ،

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

الأب عند عدمه ولأنهم سببوا لإحيائه فاستوجبوا عليه الإحياء بمنزلة الأبوين . وشرط الفقر لأنه لو كان ذا مال ، فإيجاب نفقته فى ماله أولى من إيجابها فى مال غيره ، ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة والأبوين والأجداد والجدات والولد وولد الولد) أما الزوجة فلما ذكرنا أنها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود ، وهذا لايتعلق باتحاد الملة ، وأما غيرها فلأن الجزئية ثابتة وجزء المرء فى معنى نفسه ، فكما لايمتنع نفقة نفسه لكفره لايمتنع نفقة جزئه إلا أنهم إذا كانوا حربيين لاتجب نفقتهم على المسلم وإن كانوا مستأمنين ، لأنا نهينا عن البر فى حق من يقاتلنا فى الدين (ولاتجب على النصرانى نفقة أخيه المسلم)

أعنى لفظ الأبوين الذى هو مرجع الضمير فى قوله ـ وصاحبهما فى الدنيا معروفا ـ وفيه نظر ، فإنهم فى مسئلة الأمان فيما إذا قالوا آمنونا على آبائنا صرحوا بعدم دخول الأجداد لعموم انتظام اللفظ ، فإن أراد إلحاقهم بالقياس فلا حاجة ، بل لاينبغى أن يعلل بأنهم من الآباء بل يعلل استحقاق الأبوين النفقة بتسببهم فى وجوده ويلحق بهم الأجداد ويعتبره فى عموم المجاز ، ومن العجب عدم اعتبارهم إياه فى عموم المجاز فى الأمان ليدخل الأجداد مع أن الأمان يحتاط فى إثباته . وقوله ولهذا يقوم الجد الخ قيامه مقامه فى الوراثة وولاية الإنكاح والتصرف فى مال ولد الولد ، هذا ولو قال إنهم من الوالدين والوالدات كان أقرب لأن مرجع ضمير صاحبهما الوالدان لا الأبوان (قوله أما الزوجة الخ) عرف من قوله واجبة بالعقد لاحتباسها أنه حيث أضاف إيجاب النفقة إلى العقد فهو إضافة إلى العلة البعيدة وأن المؤثر بالذات هو الاحتباس الخاص على ماقدمنا (قوله فكما لايمتنع الخ) الأحسن أن يقال : فكما يجبر على إنفاقه على نفسه مع كفره وذمته يجبر على نفقة جزئه لأن عدم الامتناع لايستلزم الوجوب وهو المطلوب بل أخص منه وهو الجبر عليه ،وكونه يجبره الحاكم على إنفاقه على نفسه محل نظر ، أما فتواه بوجوب ذلك فلا شك فيه ، وكذا أمره بالمعروف من ذلك (قوله ولا تجب على النصرانى نفقة أخيه المسلم) إظهار لبعض

حسن المصاحبة بأن يطعمهما إذا جاعا ويكسوهما إذا عريا وكلامه واضح . وقوله (لما تلونا) أراد به قوله تعالى ـ وصاحبهما فى الدنيا معروفا ـ ولم يذكر المصنف ههنا أن الأب إذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الإنفاق عليه أو لا . قال شمس الأئمة السرخسى : إذا كان الأب كسوبا والابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب . وقال شمس الأئمة الحلوانى : لايجبر على ذلك ، فاعتبره بذى الرحم المحرم بناء على أن استحقاق النفقة للفقر والحاجة وهى تندفع عند القدرة على الكسب ، وشمس الأئمة السرخسىّ يحتاج إلى الفرق بين نفقة الولد والوالد ، فإن الولد البالغ إذا كان قادرا على الكسب لاتجب على الأب نفقته ، وفرق بينهما بفضيلة الوالد على الولد حيث اعتبرت حاجته ضرورية كانت كالنفقة والكسوة أو غيرها كشهوة الفرج فإن للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد وليس للولد استحقاق استيلاد جارية الوالد ، فلو شرط ههنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط فى حق الابن لوقعت المساواة مع قيام دليل المفاضلة . وقوله (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين) ظاهر . وقوله (لأنا نهينا عن البر فى حق من يقاتلنا) قال الله تعالى ـ إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين ـ الآية . واستشكل بقوله تعالى ـ وصاحبهما فى الدنيا معروفا ـ فإنه بإطلاقه يوجب النفقة للوالدين وإن كانا حربيين . وأجيب بأن العمل بإطلاقه يفضى إلى التعارض المفضى إلى الترك الممتنع فحمل ذلك على أهل الذمة وهذا على أهل الحرب . وقوله (ولا تجب على النصرانى نفقة أخيه المسلم) من فروع قوله ولاتجب النفقة مع

فإنهم فى مسألة الأمان فيما إذا قالوا آمنونا على آبائنا صرحوا بعدم دخول الأجداد لعدم انتظام اللفظ (قوله لو وقعت المساواة الخ) أقول : فيه تأمل (قوله فحمل ذلك على أهل الذمة الخ) أقول : فيه أن أم سعد لم تكن ذمية ثم سيجىء فى كتاب السير مايخالفه ظاهرا .

وكذا لاتجب على المسلم نفقة أخيه النصرانى لأن النفقة متعلقة بالإرث بالنص بخلاف العتق عند الملك لأنه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ، ولأن القرابة موجبة للصلة ، ومع الاتفاق فى الدين آكد ودوام ملك اليمين أعلى فى القطيعة من حرمان النفقة ، فاعتبرنا فى الأعلى أصل العلة وفى الأدنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا (ولا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد) لأن لهما تأويلا فى مال الولد بالنص ، ولا تأويل لهما فى مال غيره ،

صور ذلك الكلى وهو قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة والأبوين والأجداد والجدات والولد . وقوله لأن النفقة : أى نفقة غير الولاد متعلقة بالإرث : يعنى بالقرابة ، والمحرمية مقيد بالإرث بالنص وهو قوله تعالى بعد أن قال سبحانه ــ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك ــ فعلقه به ، ولا إرث بين المسلم والكافر ، بخلاف العتق فإنه تعلق بالمحرمية بسبب القرابة لابقيد كونه وارثا بالحديث ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه » وسيأتى الكلام عليه (قوله فاعتبرنا فى الأعلى) وهو دوام ملك اليمين (أصل العلة) وهو القرابة المحرمة (وفى الأدنى) وهو النفقة (العلة المؤكدة) بالتوارث ، وهذا فى الحقيقة إبداء لحكمة الشرع : يعنى إنما شرع سبحانه إيجاب النفقة على القريب مقيدا بالإرث وشرع عتق القريب إذا ملك قريبه المحرم بلا ذلك القيد لهذا الفرق ، وهو أن عدم النفقة قطيعة واستمرار ملكه رقبة القريب فوقه فى القطيعة فأوجب رفعها بلامؤكد ، بخلاف ما لم يبلغ مبلغه فى القطيعة فإنه لم يرفعه حينئذ إلا بمؤكد . وما قيل الضابط عندنا الرحم والمحرمية والإرث ليس بشرط حتى وجبت النفقة على الخال والخالة والعمة ولهم دون ابن العم . والحق فى الجواب أن ليس المراد من قوله تعالى ــ وعلى الوارث ــ سوى من يثبت له ميراث ، والخال كذلك لامن يثبت له ميراث بقيد كونه فى صورة وجوب النفقة عليه . لايقال : هذا حينئذ استدلال بمفهوم الصفة على إخراج الكافر الذمى . لأنا نقول : بل هو إثبات الحكم فى محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى على العدم الأصلى لا أن نفيه مضاف إلى اللفظ (قوله لأن لهما تأويلا فى مال الولد) يفيد أنه ملكهما (بالنص) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم

اختلاف الدين متضمنا للفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند التملك ، وكلامه فى الفرق بينهما بأن النفقة متعلقة بالإرث : يعنى فى غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تعالى ــ وعلى الوارث مثل ذلك ــ والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث : يعنى قوله عليه الصلاة والسلام « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه » وبالمعقول واضح خلا قوله دوام ملك اليمين أعلى فى القطيعة من حرمان النفقة ، فإن حرمان النفقة قد يفضى إلى الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون أعلى ؟ ولأن الإنفاق صلة إحياء حقيقة وصلة العتق صلة إحياء حكما ، ولا شك فى أن الإحياء الحقيقى أعلى . والجواب أن الحاجة إلى النفقة مقدورة الدفع من غيره بأن يسأل الناس أو يبره أحد من غير سؤال ، فإن الهلاك جوعا فى العمران مع توفر أصحاب الزكوات والصدقات والمعروف نادر ، وأما الحاجة إلى الإعتاق فإنها لاتندفع إلا من جانبه ، وأما كون الإحياء الحقيقى أعلى من الحكمى فبعد تسليمه مردود بعدم تعين تحققه من جانبه لما قلنا . قال (ولا يشارك الولد فى نفقة أبويه أحد) لايشارك الولد فى نفقة أبويه أحد من الإخوة والأخوات والأعمام وغيرهم فى ظاهر الرواية (لأن لهما تأويلا فى مال الولد بالنص) وهو قوله

(قوله وبالمعقول) أقول : فيه أن ذلك ليس دليلا آخر بل لإظهار حكم تعليق الشارع إيجاب النفقة بالقرابة المحرمية مقيدا بالإرث وعتق القريب

ولأنه أقرب الناس إليهما فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه ، وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح ، لأن المعنى يشملهما

جماعة من الصحابة ، وسيأتي في باب الوطء الذي يوجب الحد . وأخرج أصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضي الله عنها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وإن ولده من كسبه » حسنه الترمذي . فإن قيل : هذا يقتضي أن له ملكا ناجزا في ماله . قلنا : نعم لو لم يقيده حديث رواه الحاكم وصححه . والبيهقي عنها مرفوعا « إن أولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور ، وأموالهم لكم إذا احتجتم إليها » ومما يقطع بأن مؤول أنه تعالى ورث الأب من ابنه السدس مع ولد ولده ؛ فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شيء مع وجوده (قوله هو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة بين الذكور والإناث أثلاثا على الذكر مثل حظ الأنثيين كما في الميراث قياسا على نفقة ذوي الأرحام ، وبه قال الشافعي وأحمد . والحق الاستواء فيها لتعلق الوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية ، بخلاف غير الولاد لأن الوجوب علق فيه بالإرث ، ولهذا ثبت في الولاد مع اختلاف الدين ولا توارث ، فإن كان الولد معسرا وهما موسران فلا نفقة لأحد على أحد ويجب التفصيل بين أن يكون الابن قادرا على الكسب مع اعتباره أو لا فيجري فيه الخلاف السابق بين شمس الأئمة السرخسي والحلواني . وعن أبي يوسف قال : إذا كان الأب زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه أن يضم الأب إليه كي لا يضيع ولا يخشى بذلك الهلاك على الولد لأن الإنسان لا يهلك على نصف بطنه . وقال الشاعر :

* كلوا في بعض بطنكمو تعفوا * وفي الفتاوى : يجبر الابن على نفقة زوجة أبيه ولا يجبر الأب على نفقة

صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » فكانا غنيين بماله ، والغني لا تجب نفقته على غيره . فإن قيل : التأويل ثبت بخبر الواحد فلا يعارض إطلاق قوله تعالى ـ وعلى الوارث مثل ذلك ـ قلت : الحديث مشهور فتجوز به الزيادة . سلمنا أنه من الآحاد لكن ترك إطلاق قوله ـ وعلى الوارث مثل ذلك ـ بما ذكرنا من الدلائل الدالة على تقييدها بغير قرابة الولاد المستندة إلى قوله تعالى ـ وعلى المولود له رزقهن ـ الآية كما تقدم . فإن قلت : لا منافاة بين الآيتين لأن قوله تعالى ـ وعلى المولود له رزقهن ـ يقتضي أن يشارك الجد الابن ، كما أن قوله تعالى ـ وعلى الوارث مثل ذلك ـ يقتضيه : قلت : لما ثبت للوالد التأويل في مال الولد بالإجماع صار غنيا به والغني لا تجب نفقته على والده فلا يشارك الجد الابن . وقوله (ولأنه أقرب الناس إليهما) أي الولد أقرب الناس إلى الوالدين ، والأقرب إليهما أولى لاستحقاق نفقتهما عليه لأنها صلة وجبت بالقرابة ، فمن كان أقرب فهو أولى بالاستحقاق له وعليه ، وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة بين الذكر والأنثى أثلاثا للذكر مثل حظ الأنثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الأرحام . ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب لأن المعنى يشملهما . وبيانه أن استحقاق الأبوين إنما هو باعتبار التأويل وحق الملك لهما في مال الولد بقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » وهذا المعنى يشمل الذكور والإناث فيكونان سواء ، ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وإن انعدم التوارث . فقوله (وهو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن .

بها بلا قيد (قوله قلت : إلى قوله : والغني لا تجب نفقته على والده فلا يشارك الجد الابن) أقول : فكان المآل إلى التقييد بالحديث فإن الإجماع لا يصلح مقيدا .

(والنفقة لكل ذى رحم محرم إذا كان صغيرا فقيرا أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا أو أعمى) لأن الصلة فى القرابة القريبة واجبة دون البعيدة ، والفاصل أن يكون ذا رحم محرم ، وقد قال الله تعالى ــ وعلى الوارث مثل ذلك ــ وفى قراءة عبد الله بن مسعود « وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك » ثم لابد من الحاجة

زوجة ابنه . وفى نفقات الحلوانى قال : فيه روايتان : فى رواية كما قلنا ، وفى رواية إنما تجب نفقة زوجة الأب إذا كان الأب مريضا أو به زمانة يحتاج إلى الخدمة ، أما إذا كان صحيحا فلا . قال فى المحيط : فعلى هذا لافرق بين الأب والابن ، فإن الابن إذا كان بهذه المثابة يجبر الأب على نفقة خادمه ، ثم الأصل فى نفقة الوالدين والمولودين أنه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث ، ولذا لو كان له أخ شقيق وبنت بنت وإن سفلت أو ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وإن كان ميراثه لأخيه ، ولو كان له بنت ومولى عتاقة فالنفقة عليها مع اشتراكهما فى الميراث ، وإذا كان للفقيه ولد وابن ابن موسران فالنفقة على الولد لأنه أقرب ، وإذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة وإن كان الميراث بينهما لقرب البنت . فإذا استويا فالنفقة عليهما إلا أن يترجح أحدهما بمرجح وهما وارثان . وإذا كان له ولد ابن وولد بنت فهما سواء فى النفقة وإن كان الإرث لولد الابن . وكذا إذا كان له ابنان مسلم ونصرانى فالنفقة عليهما والميراث للمسلم فقط . ولو كان له والد وولد فهى على الولد لاستوائهما فى القرب ويترجح الولد باعتبار التأويل . ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما لاستوائهما فى القرب وعدم الترجيح . الكل من المحيط . وإذا اختلفا فقال الابن هو غنى وليس على نفقته وقال الأب أنا معسر ذكر فى المنتقى أن القول للأب والبينة بينة الابن (قوله والنفقة لكل ذى رحم محرم) أى واجبة يجبر عليها فهو من حذف الخبر لقرينة لا من الإخبار بالجار والمجرور نائبين عن الخبر لوجوب تعلقهما بالكون المطلق وليس هو كذلك هنا . وقال أحمد : على كل وارث محرما كان أو لا وهو قول ابن أبى ليلى . وقال الشافعى : لاتجب لغير الوالدين والمولودين كالإخوة والأعمام . وجهه أنه يجعل الإشارة فى قوله تعالى ــ وعلى الوارث مثل ذلك ــ لنفى المضارة لا لإيجاب النفقة ، فلا يبقى دليلا على إيجاب النفقة فيبقى على العدم لعدم دليلها الشرعى . قلنا : نفيها

وقوله (والنفقة لكل ذى رحم محرم) مبتدأ وخبره محذوف : أى النفقة لكل ذى رحم محرم وهو من لايحل نكاحه على التأبيد واجبة إذا كان صغيرا فقيرا أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكرا فقيرا . زمنا أو أعمى ، لأن الصلة فى القرابة القريبة واجبة دون البعيدة ، والفاصل بينهما كونه ذا رحم محرم بدليل قوله تعالى ــ وعلى الوارث مثل ذلك ــ فإن ذلك للإشارة إلى البعيد فيكون إشارة إلى أول الآية وهو قوله تعالى ــ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ــ فيدل على أن على الوارث النفقة ، وتقييده بذى الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود : وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك ؛ ولا شك أن قراءته كانت مسموعة من النبى صلى الله عليه وسلم ثم لابد من الحاجة لاستحقاقها لذلك . والصفات المذكورة وهى الصغر والأنوثة والزمانة والعمى أمارة الحاجة لتحقق العجز فإن القادر على الكسب غنى . فإن قيل : مابال الأبوين لم يعدا غنيين بقدرتهما على الكسب ؟ أجاب بقوله بخلاف الأبوين الخ وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى .

(قوله فإن ذلك للإشارة إلى البعيد) أقول : لا إلى القريب الذى هو التحرز عن المضارة على مافسر به أيضا .

والصغر والأنوثة والزمانة والعمى أمارة الحاجة لتحقق العجز . فإن القادر على الكسب غنيّ بكسبه . بخلاف الأبوين لأنه يلحقهما تعب الكسب والولدمأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب . قال (ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه)

لايختص بالوارث ، ثم هومخالف للظاهر من الإشارة المقرونة بالكاف فإنها بحسب الوضع للبعيد دون القريب . وجه قول أحمد أنه تعالى علقها بالوارث فقيد المحرمية زيادة . قلنا فى قراءة ابن مسعود « وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك » فيكون بيانا للقراءة المتواترة . فإن قيل : القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد . ولايجوز تقييد مطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة . أجيب بادعاء شهرتها ، واستدل على الإطلاق بما فى النسائى من حديث طارق قال : قدمت المدينة فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول « يد المعطى العليا وابدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك » وما رواه أحمد وأبوداود والترمذى عن معاوية بن حيدة القشيرى « قلت : يارسول الله من أبرّ ؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أمك . قال ثم من ؟ قال أباك . ثم الأقرب فالأقرب » قال الترمذى حسن . وفى صحيح مسلم « فإن فضل عن أهلك شيء فلذوى قرابتك » فهذه تفيد وجوب النفقة بلا تقييد بالإرث . ولا يخفى أن الثانى لايفيد وجوب النفقة أصلا لأنه جواب قول السائل من أبر ، وهو لايستلزم كونه سؤالا عن البرّ المفروض لجواز كونه سؤالا عن الأفضل منه فيكون الجواب عنه بخلاف الأول . وليس هذا معارضا للنص لأن الإيجاب على الوارث بالنص لاينفى أن يجب على غيره فيثبت على غيره بالحديث عند من لايقول بمفهوم الصفة . على أن لقائل أن يلزمهم أن الوارث أريد به القريب عند من عبر به عنه خصوصا على رأيكم وهو أن كل قريب وارث لتوريثكم ذوى الأرحام مع قولكم إن المراد به أهلية الإرث فى الجملة ، حتى قالوا : إذا كان له خال وابن عم أن نفقته على خاله وميراثه لابن عمه ، اللهم إلا أن يثبت قولنا نقطع بأن إيجاب النفقة لوجوب الوصل والقرابة التى يفترض وصلها بالنصوص هى على المحرمية . بخلاف غيرها لايفترض وصلها لأن التحريم إنما يثبت للوصل وهو الظاهر ، لما تقرر أنه سبب التحريم فى المحرمات من القرائب لأن الافتراش إما عدم وصل أو يؤدى إليه (قوله فإن القادر على الكسب غنيّ بكسبه) وقدرته على الكسب تتحقق بصحة البدن بعد كونه بالغا . ولهذا أخذ فى البالغ الذى تجب نفقته من غير الولاد الزمانة حيث قالوا : والابن الزمن البالغ . ويصرح بما قلنا ما فى الكافى للحاكم حيث قال فى باب نفقة ذوى الأرحام : ولا يجبر الموسر على نفقة أحد من قرابته إذا كان رجلا صحيحا ، وإن كان لايقدر على الكسب إلا فى الولد خاصة أو فى الجد أبى الأب إذا مات الولد فإنى أجبر الولد على نفقته وإن كان صحيحا انتهى . وهذا جواب الرواية وهو يشد قول شمس الأئمة

وهو ظاهر الرواية وقد قدمناه . وقوله (يجب ذلك) يعنى النفقة (على قدر الميراث ويجبر عليه) أى على الإنفاق . أما التقدير فلأن الله تعالى نص على الوارث بقوله تعالى ـ وعلى الوارث مثل ذلك ـ تنبيها على اعتبار المقدار لأنه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته ، وعلى هذا لو أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث . وعلى هذا إذا كان الرجل زمنا معسرا وله ابن معسر صغير أو كبير زمن وللرجل ثلاثة إخوة متفرقون موسرون فنفقة الرجل على أخيه لأب وأم وعلى أخيه لأم أسداسا بحسب ميراثهما . فأما نفقة الولد فعلى الأخ لأب وأم خاصة لأن ميراث الولد له عند عدم الأب خاصة فإنه عم لأب وأم ،

لأن التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ، ولأن الغرم بالغنم والجبر لإيفاء حق مستحق . قال (وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على أبويه أثلاثا على الأب الثلثان وعلى الأم الثلث) لأن الميراث لهما على هذا المقدار. قال العبد الضعيف : هذا الذى ذكره رواية الخصاف والحسن ، وفى ظاهر الرواية كل النفقة على الأب لقوله تعالى ـ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ـ وصار كالولد الصغير . ووجه الفرق على الرواية الأولى أنه اجتمعت للأب فى الصغير ولاية ومئونة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ، ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الأم ، وفى غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الأم والجد أثلاثا ، ونفقة الأخ المعسر على الأخوات المتفرقات الموسرات أخماسا على قدر الميراث ،

السرخسى بخلاف الحلوانى على ماقدمناه (قوله لأن التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار) بطريق أنه يفيد علية مأخذ الاشتقاق وهو الإرث فيثبت الحكم فى محل وجود العلة على قدر وجودها . مثاله إذا كان له أخ شقيق أو لأب وأخت شقيقة أو لأب فالنفقة عليهما أثلاثا على الأخ الثلثان وعلى الأخت الثلث لأن ميراثهما منه كذلك . ولو كانا لأم وجبت عليهما نصفين كإرثهما . ولو كان معهما أخ لأبوين أو لأب أو عصبة أخرى فالثلثان على العاصب ، ولو كان أخ لأب وأخ لأم فالسدس على الأخ لأم وخمسة الأسداس على الأخ لأب ، وعلى هذا فقس (قوله وجه الفرق) أى بين نفقة الولد الصغير والكبير الزمن (قوله فاختص بنفقته) لأنه باعتبار الولاية الكاملة صار كنفسه ، بخلاف البالغ فإنه ليس للأب ولاية عليه ليكون فى معنى نفسه فاعتبر كسائر المحارم (قوله على الأخوات المتفرقات) بأن تكون أخت شقيقة وأخرى لأب وأخرى لأم أخماسا ثلاثة أخماسها على الشقيقة وخمس

ولا يرث معه العم لأب ولا العم لأم . والحاصل أن من يكون محتاجا يجعل معدوما وتكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب الميراث ، فإن كان الولد ابنة كان نفقة الأب والابنة على الأخ من الأب والأم خاصة ، أما نفقة الابنة فلما بينا ، وأما نفقة الأب فلأن الوارث ههنا الأخ لأب وأم خاصة لأن الأخ لأب وأم يرث مع الابنة والأخ لأم لايرث معها فلا حاجة أن يجعل البنت كالمعدومة ، ولكن تعتبر صفة الوراثة مع بقائها ، بخلاف الابن فإنه لايرث معه أحد من الإخوة فلا بد من أن يجعل كالمعدوم . فإذا جعل كذلك فميراث الأب يكون بين الأخ لأب وأم والأخ لأم أسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك ، وهذا كله إذا كان الميراث فيما بينهم ولم يتجاوز إلى غيرهم ، وأما إذا تجاوز عنهم إلى غيرهم كما إذا كان للصغير الفقير خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على ذى الرحم المحرم الذى لم يرث لاعلى غير ذى الرحم المحرم الذى هو وارث فيكون فيما نحن فيه على الخال دون ابن العم الذى يحرز الميراث لأن النفقة على ذى الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك والخال كذلك فيجب عليه على ماسنذكره فى الكتاب . فإن قيل : هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب أن تجب النفقة على ابن العم لكونه وارثا ولا تجب على الخال لكونه غير وارث . أجيب بأن نفقة ذى الرحم المحرم واجبة تحقيقا للصلة ، وتحقيق صلة قرابة ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة فى حقه ، بخلاف الخال فإن صلته واجبة والنفقة منها فتجب عليه . قال (وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن) كلامه ظاهر . وقوله (ووجه الفرق) يعنى بين نفقة الولد الصغير حيث

(قوله أجيب بأن نفقة ذى الرحم الخ) أقول : فى الجواب قصور ، فإن وجوب النفقة معلق بالقرابة المحرمة الموزثة وليس ذلك بموجود فى الخال مع وجود ابن العم ، فالأظهر أن يقال : ليس المراد الإرث بالفعل فإن ذلك بعد موت المنفق .

غير أن المعتبر أهلية الإرث في الجملة لا إحرازه . فإن المعسر إذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان أهلية الإرث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير) لأنها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لأنه التزمها بالإقدام على العقد ، إذ المصالح لا تنتظم دونها ، ولا يعمل فى مثلها الإعسار. ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روى عن أبي يوسف . وعن محمد أنه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لأن المعتبر فى حقوق العباد وإنما هو القدرة دون النصاب فإنه للتيسير

على التى لأب وخمس على التى لأم لأن ميراثهن منه كذلك بواسطة الردّ عليهن (قوله غير أن المعتبر أهلية الإرث) هذا هو الجواب الذى أسلفناه وقدمنا تقريره . وإيضاحه أن حقيقة الوارث غير مرادة ، فإنه لمن قام به الإرث بالفعل ، وهذا لايتحقق إلا بعد موت من تجب له النفقة ولا نفقة بعد الموت فتعذرت إرادة الحقيقة . فكان المراد من يثبت له ميراث ، والخال كذلك فوجبت نفقته عليه ولم تجب على ابن العم لعدم المحرمية ، بخلاف مالو كان له خال وعم أو عمة فإن النفقة حينئذ على العم لاشتراكهما فى المحرمية ، وإحراز العم الميراث فى الحال لو مات ، فلو كان العم معسرا وجبت بين العمة والخال أثلاثا على العمة الثلث ويجعل المعسر كالميت . والحاصل أن قوله أهلية الميراث لا إحرازه فيما إذا كان المحرز للميراث غير محرم ومعه محرم ، أما إذا ثبتت محرمية كلهم وبعضهم لا يحرز الميراث فى الحال كالخال والعم إذا اجتمعا فإنه يعتبر إحراز الميراث فى الحال وتجب النفقة على العم ، وإذا اتفقوا فى المحرمية والإرث فى الحال وكان بعضهم فقيرا جعل كالمعدوم ووجبت على الباقين على قدر إرثهم كأن ليس معهم غيرهم (قوله ثم اليسار مقدر بالنصاب) أى بنصاب الزكاة على ما روى عن أبي يوسف . وعن محمد روايتان إحداهما بما يفضل عن نفقة شهر والأخرى بما يفضل عن كسبه كل يوم حتى لو كان كسبه درهما ويكفيه أربعة

وجبت بجملتها على الأب خاصة و بين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجب ثلثاها على الأب والثلث على الأم كما فى الإرث أنه اجتمعت للأب فى الصغير ولاية ومئونة حتى وجب عليه صدقة فطره وكان بمنزلة نفسه وغيره لايشاركه فى النفقة على نفسه . فكذا فى النفقة على الصغير ، وأما الكبير فليس للأب عليه ولاية لبلوغه فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما أثلاثا فكذلك نفقته . وقوله أخماسا على قدر الميراث : يعنى ثلاثة الأخماس من الميراث تكون للأخت لأب وأم والخمس للأخت لأب والخمس للأخت لأم بالفرد والرد . فكذلك النفقة على هذا التفصيل . وقوله (غير أن المعتبر) استثناء من قوله وفى غير الوالد تعتبر على قدر الميراث، والمراد بأهلية الإرث هو أن لايكون محروما . وفى كلامه لف ونشر حيث قال : إن المعتبر أهلية الإرث لا إحرازه ، ثم نشر بقوله فإن المعسر إذا كان له خال : يعنى وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال وابن العم يحرز الميراث لما قدمنا أن الخال ذو رحم محرم دون ابن العم ، وهذا راجع إلى قوله لا إحرازه . وقوله (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين) راجع إلى قوله المعتبر أهلية الإرث . وقوله (ولابد من اعتباره) أى اعتبار الإرث بأن يكون أهلا لا محرزا ؛ ولهذا قلنا لايجب على النصرانى نفقة أخيه المسلم ولا عكسه . وقوله (ولا تجب على الفقير) ظاهر . وقوله (بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا) قيل : هذا إذا كانت نفقته من مستغلاته (أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم) إذا كان محتملا ينفق من كسب يده .

والفتوى على الأول ، لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة (وإذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) وقد بينا الوجه فيه (وإذا باع أبوه متاعه فى نفقته جاز) عند أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه ، وهذا استحسان (وإن باع العقار لم يجز) وفى قولهما لايجوز ذلك كله وهو القياس ، لأنه لاولاية له لانقطاعها بالبلوغ ، ولهذا لايملك فى حال حضرته ولايملك البيع فى دين له سوى النفقة ،

دوانق وجب عليه الدانقان للقريب ، ومحمل الروايتين على حاجة الإنسان إن كان مكتسبا ولامال له حاصل اعتبر فضل كسبه اليومى ، وإن لم يكن بل كان له مال اعتبر نفقة شهر فينفق ذلك الشهر ، فإن صار فقيرا ارتفعت نفقتهم عنه . ومال السرخسى إلى قول محمد فى الكسب فإنه علله بأن قال : لأن الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر فى جانب المؤدى بتيسير الأداء وتيسير الأداء موجود إذا كان كسبه يفضل عن نفقته . وقال صاحب التحفة : قول محمد أرفق ومال الولوالجى إلى قول أبى يوسف قال : لأن النفقة تجب على الموسر ، ونهاية اليسار لاحدّ لها ، وبدايته النصاب فيتقدر به . وقال فى الخلاصة بعد مانقل أنه نصاب الزكاة : وبه يفتى واختار صاحب الهداية أنه نصاب حرمان الصدقة (قوله والفتوى على الأول) أى على أن اليسار مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول أبو يوسف ، وتقدم تفصيل النصب فى باب صدقة الفطر ، إلا أن النفقة لما كانت حق الآدمى نفسه تعتبر مجرد القدرة عليه بعد كونه فاضلا عن حاجته ، وصدقة الفطر حق يجب لله تعالى بسبب الآدمى ، وحقوق الله تعالى يراعى فيها من التيسير مالايعتبر فى حق العبد المحتاج وليس ذلك مطلقا بل إذا لم يكن كسوبا يعتبر أن يكون له قدر نصاب فاضل لتجب عليه النفقة . فإذا أنفق ولم يبق له شى ءسقطت ، وإن كان كسوبا يعتبر قول محمد وهذا يجب أن يعول عليه فى الفتوى (قوله وإذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) لما قدمنا أن كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من عليه جاز له أن يأخذ إذا قدر بلا قضاء ، فالوالدان والولد والزوجة إذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم أن ينفقوه على أنفسهم إذا احتاجوا (قوله وقد بينا الوجه فيه) عند قوله فيما سبق ولا يقضى بنفقة فى مال غائب إلا لهؤلاء وهو قوله . ووجه الفرق أن نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ، ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضى إعانة لهم (قوله وإن باع العقار لم يجز) ولا يجوز للأب بيع عقار الابن إلا إذا كان الابن صغيرا أو مجنونا ، ولا يجوز لغيره مطلقا (قوله لأنه لاولاية له لانقطاعها بالبلوغ) وقرر فى النهاية وجه

وقوله (والفتوى على الأول) يعنى أن اليسار مقدر بالنصاب ، لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو مائتا درهم إذا كان فاضلا عن حوائجه الأصلية وهو الصحيح . لأن النفقة أشبه بصدقة الفطر لكونها مئونة من وجه صدقة من وجه والنفقة مئونة من كل وجه . فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب للزكاة فلأن لايشترط ههنا وهى مئونة من كل وجه أولى . ونقل فى خلاصة الفتاوى عن الأجناس قال فى نوادر أبى يوسف : يشترط نصاب الزكاة . ثم قال فى الخلاصة : هكذا قال الصدر الشهيد فى الفتاوى الصغرى إن انتقص منه درهم لايجب (وإن كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) وقوله (وقد بينا الوجه فيه) يريد ماتقدم من قوله : ولا يقضى بنفقة فى مال غائب إلا لهؤلاء ، إلى قوله : ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضى إعانة لهم . وقوله (وإذا باع أبوه متاعه) ظاهر .

(قال المصنف : لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة) أقول : لا كما روى عن أبى يوسف ، هكذا قيل ، لكن فى شرح الكنز للإمام الزيلعى أن اليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة عند أبى يوسف رحمه الله لأنه هو المعتبر فى وجوب المواساة عليه لوجوب التبرع كصدقة الفطر اهـ (قوله وهى مئونة من كل وجه أولى) أقول : فيه بحث : فإنها صدقة أيضا على مادل عليه الأخبار الصحيحة . وجوابه أن المراد أن شرعيتها المئونة

وكذا لاتملك الأم فى النفقة . ولأبى حنيفة رحمه الله أن للأب ولاية الحفظ فى مال الغائب ؛ ألا ترى أن للوصى ذلك فالأب أولى لوفور شفقته ، وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لأنها محصنة بنفسها ، وبخلاف غير الأب من الأقارب لأنه لاولاية لهم أصلا فى التصرف حالة الصغر ولا فى الحفظ بعد الكبر . وإذا جاز بيع الأب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه ، كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ، ثم له أن يأخذ منه بنفقته لأنه من جنس حقه (وإن كان للابن الغائب مال فى يد أبويه وأنفقا منه لم يضمنا) لأنهما استوفيا حقهما لأن نفقتهما واجبة قبل القضاء على مامر وقد أخذا جنس الحق

القياس بأن ولاية الأب تنقطع ببلوغ الصبى رشيدا إلا فيما يبيعه تحصينا على الغائب. ولا يخفى أن قيد الرشيد ليس معتبرا فى انقطاع ولاية الأب . نعم إذا بلغ غير رشيد لايسلم إليه ماله حتى يؤنس منه الرشد أو يبلغ خمسا وعشرين سنة على ماعرف ، ومع ذلك لاحجر عليه حتى أمكنه أن يباشر العقود الموجبة للدين عليه ، ولذا قال فى جواب أبى حنيفة هناك إن منع المال لايفيد مع فك الحجر لأنه يتلفه بلسانه بأن يباشر العقود إلى آخر ماعرف فى باب الحجر (قوله وكذا لاتملك الأم فى نفقتها) مع أنها مساوية للأب فى استحقاق النفقة ، وكذا ليس للقاضى أن يحكم به مع عموم ولايته (قوله ولأبى حنيفة) حاصله الفرق بين الأب وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغائب ، وبيع العروض من باب الحفظ لأنه يخشى عليه التلف ، وإذا ملكه الوصى فلأن يملكه الأب أولى لأن الوصى يستفيد الولاية من جهته فمن المحال أن لايكون له ولاية وغيره يستفيدها منه ، وإذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو جنس حقه فيأخذه ، بخلاف العقار لأنه محصن بنفسه فلا يحتاج إلى الحفظ بالبيع فليس للأب بيعه إلا بمحض الولاية وذلك عند صغر الولد أو جنونه ، ومقتضى هذا صحة بيع الأب للعروض على الكبير إذا لم يكن للدين ، بخلاف غير الأب ليس له ولاية الحفظ فليس له البيع ، لكن نقل فى الذخيرة عن الأقضية جواز بيع

وقوله (وكذا لاتملك الأم فى النفقة) مخالف لما ذكر فى الأقضية وما ذكره القدورى من جواز البيع للأبوين فإما أن يكون فى المسئلة روايتان فى رواية الأقضية والقدورى تملك الأم البيع كالأب لأن معنى الولادة يجمعهما وهما فى استحقاق النفقة على السواء ، وإما أن يكون مافى الأقضية والقدورى مؤولا بأن الأب هو الذى يبيع لكن لمنفعتهما ، فأضاف البيع إليهما من حيث أن منفعة البيع تعود إليهما وهو الظاهر . وقوله (إن للأب ولاية الحفظ فى مال الغائب) اعترض عليه بأنه كذلك ، لكن الفرض أنه يبيعه لنفقته ، وإنما يصح بيعه أن لو كان قصده البيع للحفظ . وأجيب بأنه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة فبقصده الإنفاق لاتتغير تلك الحقيقة ، إذ لا تأثير للعزيمة فى تغيير الحقيقة . لايقال : عارض جهة الحفظ جهة الإتلاف بالاتفاق . لأنا نقول : الإتلاف بعد وجوب النفقة وفى الحال لم تجب فلا تعارض . وقوله على مامر إشارة إلى ماقال ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضى إعانة لهم .

ولاينافى كونها عبادة بالنية ، بخلاف صدقة الفطر وسيجىء من المصنف فى كتاب الحجر أيضا أنها ليست عبادة والمراد ماذكرنا (قوله من حيث أن منفعة البيع تعود إليهما وهو الظاهر) أقول : ألا ترى إلى قول المصنف بخلاف غير الأب من الأقارب (قال المصنف : ولأبى حنيفة رحمه الله أن للأب ولاية الحفظ فى مال الغائب) أقول : قال الإمام الزيلعى : وفى المسألة نوع إشكال وهو أن يقال إذا كان للأب حال غيبة ابنه ولاية الحفظ إجماعا فالمانع له من البيع بالنفقة عندهما أو بالدين عند الكل اهـ ؟ جواب الإشكال الأول ظاهر فإنهما يفرقان بين البيع للحفظ ثم الإنفاق والبيع بقصد الإنفاق ، وجواب الثانى يظهر من تقرير الأكمل فتأمل فيه (قوله لأنا نقول الإتلاف بعد وجوب النفقة وفى الحال لم تجب فلا تعارض) أقول : فيه بحثان : الأول أنه إذا وجب بفرض القاضى وإذنه فى الاستدانة ينبغى أن لايجوز البيع على ما قرره والظاهر خلافه .

(وإن كان له مال فى يد أجنبى فأنفق عليهما بغير إذن القاضى ضمن) لأنه تصرف فى مال الغير بغير ولاية لأنه نائب فى الحفظ لا غير، بخلاف ما إذا أمره القاضى لأن أمره ملزم لعموم ولايته. وإذا ضمن لا يرجع على القابض لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه كان متبرعا به (وإذا قضى القاضى للولد والوالدين وذوى الأرحام بالنفقة فمضت مدة سقطت) لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضى المدة، بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضى لأنها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى. قال (إلا أن يأذن القاضى بالاستدانة عليه) لأن القاضى له ولاية عامة فصار إذنه كأمر الغائب فيصير دينا فى ذمته فلا تسقط بمضى المدة والله تعالى أعلم بالصواب.

الأبوين. وهكذا ذكر القدورى فى شرحه فإنه أضاف البيع إليهما فيحتمل أن يكون فى المسئلة روايتان: وجه رواية الأقضية أن معنى الولاد يجمعهما وهما فى استحقاق النفقة سواء. وعلى تقدير الإنفاق فتأويله أن الأب هو الذى يتولى البيع وينفق عليه وعليها. أما بيعها بنفسها فبعيد لأن جواز البيع غير منوط بالولاد ولا باستحقاق النفقة بل بثبوت ولاية الحفظ (قوله فأنفق عليهما بغير إذن القاضى ضمن) أى فى القضاء. أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا ضمان عليه، ولو مات الغائب حل له أن يحلف لورثته أنهم ليس لهم عليه حق لأنه لم يرد بذلك غير الإصلاح. وفى النوادر: لو لم يكن فى مكان يمكن استطلاع رأى القاضى لا يضمن استحسانا. وقالوا فى رفقة فى سفر أغمى على أحدهم أو مات فأنفقوا عليه وجهزوه من ماله لا يضمنون استحسانا ومات من جماعة من أصحاب محمد خرجوا إلى الحج واحد فباعوا ما كان له معهم. فلما وصلوا سألهم محمد فذكروا له ذلك. فقال محمد: لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء، وكذا باع محمد كتب تلميذ له مات وأنفق فى تجهيزه فقيل له إنه لم يوص بذلك فتلا قوله تعالى ـ والله يعلم المفسد من المصلح ـ وقالوا فى عبد مأذون مات مولاه فى بلاد بعيدة فأنفق على نفسه وما معه من الدواب والأمتعة لا يضمن، وكذا عن مشايخ بلخ فى مسجد له أوقاف ولا متولى له فقام رجل من أهل المحلة فى جمع ريعها وأنفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصر والحشيش لا يضمن استحسانا (قوله فظهر الخ) يعنى إذا ضمنه الغائب ظهر ملكه لما دفعه للأبوين حال دفعه لهما فيظهر أنه كان متبرعا بملكه لهما فلا رجوع له عليهما (قوله فمضت مدة سقطت) هذا إذا طالت المدة. فأما إذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط. قيل وكيف لا تصير القصيرة دينا والقاضى مأمور بالقضاء، ولو لم تصر دينا لم يكن للأمر بالقضاء بالنفقة فائدة، ولو كان كل ما مضى سقط لم تكن استيفاء شىء، ومثل هذا قدمناه فى غير المفروضة من نفقة الزوجات (قوله لأن نفقة هؤلاء تجب للحاجة) وعن هذا ما قدمناه من أنه لو أعطاهم نفقة أو كسوة فسرقت أو هلكت كان عليه أخرى لأن الحاجة لم تندفع بما سرق، ولو كان مثل ذلك فى حق الزوجة ليس عليه أخرى حتى تنقضى مدة تلك النفقة والكسوة لأنها للزوجة ليست شرعا لحاجتها بل لاحتباسها فى تلك المدة وبالتلف قبل مضى تلك المدة لم ينتف الاعتياض عنها (قوله إلا أن يأذن القاضى بالاستدانة فلا تسقط) وإن كان فى نفقة

وقوله (لأنه ملكه بالضمان) يعنى أن الأجنبى ملك المدفوع بالضمان فظهر أنه كان متبرعا بمال نفسه. وقوله بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضى: يعنى أنها لا تسقط بمضى المدة لأنها تجب مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط لحصول الاستغناء فيما مضى. وقوله (إلا أن يأذن القاضى بالاستدانة عليه)

(فصل)

(وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمته) لقوله صلى الله عليه وسلم فى المماليك « إنهم إخوانكم جعلهم الله

ذوى الأرحام لما ذكر فى الكتاب ، وماذكره فى زكاة الجامع أن دين نفقة الزوجات والأقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكاة لأن له مطالبا من جهة العباد فسوى نفقة الزوجات والأقارب اختلفوا فيه ، قيل محمله فى نفقة الأقارب ما إذا أذن القاضى فى الاستدانة و استدانوا حتى احتاجوا إلى وفاء الدين ، أما إذا لم يستدينوا بل أكلوا من الصدقة لاتصير النفقة دينا ، وإلى هذا مال السرخسى وحكم به كثير من القضاة المتأخرين ونصروه وقيدوا إطلاق الهداية به ، وقيل محمله ما إذا قصرت المدة بأن تكون شهرا فأقل ، والله سبحانه أعلم .

(فصـــل)

(قوله وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمته) عليه إجماع العلماء ، قيل إلا الشعبى ، الأولى أن يحمل قوله على ما إذا كانوا يقدرون على الاكتساب فإنه لايجب على المولى كما سنذكره . ولو كان العبد بين رجلين فغاب أحدهما فأنفق الآخر بغير إذن القاضى وبغير إذن صاحبه فهو متطوع ، وكذا النخل والزرع والمودع والملتقط إذا أنفقا على الوديعة واللقطة والدار المشتركة إذا كان أنفق أحدهما فى مرمتها بغير إذن صاحبه وبغير أمر القاضى فهو متطوع ، كذا فى الخلاصة . وفيها : إذا شهد شاهدان على رجل فى يده أمة أن هذه حرة قبل القاضى هذه الشهادة ادعت الأمة أو جحدت ، ويضعها على يد عدل ، وتفرض نفقة الأمة إن طلبت على الذى كانت فى يده اهـ . ولو أن عبدا صغيرا فى يد رجل فقال لغيره هذا عبدك أودعته عندى فأنكر يستحلف ما أودعه ثم يقضى بنفقته على من هو فى يده لأنه أقرّ برقه ولم يثبت لغيره فيبقى على حكم ملكه ، ولو كان كبيرا لايحلف لأنه فى يد نفسه ، والقول له فى الرق والحرية ، والحديث الذى ذكره فى الصحيحين من حديث أبى ذر أنه صلى الله عليه وسلم قال « هم إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس ، ولا تكلفوهم مايغلبهم فإن كلفتموهم فأعينوهم » ورواه أبو داود بسند صحيح وزاد فيه « ومن لم يلائمكم منهم فبيعوهم

استثناء من قوله فمضت مدة سقطت ، ومعناه إذا أذن القاضى بالاستدانة عليه لاتسقط نفقتهم أيضا كنفقة الزوجة وإن مضت مدة لأن القاضى له ولاية عامة فصار إذنه بالاستدانة كأمر الغائب بها ، ولو أمر الغائب بالاستدانة صار دينا فى ذمته لايسقط بمضى المدة ، فكذا إذا أذن القاضى بذلك . وإذا تذكرت أن نفقة الزوجة جزاء الاحتباس ونفقة الأقارب للكفاية ظهر لك وجه ما قال فى الذخيرة إن القاضى إذا فرض للزوجة فى الشهر مائة فمضت المدة وفى يدها منه شىء لم يحتسب للشهر الثانى . ولو كان ذلك فى نفقة الأقارب حوسب به ، وإن القاضى إذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة فسرقت ليس عليه أن يكسوها حتى تفرغ المدة ، ولو كان ذلك فى الأقارب وجب عليه أن يكسوهم .

(فصـــل)

تعالى تحت أيديكم ، أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ، ولا تعذبوا عباد الله » (فإن امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا) لأن فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك (وإن لم يكن لهما كسب) بأن كان عبدا زمنا أوجارية لايؤاجر مثلها (أجبر المولى على بيعهما) لأنهما من أهل الاستحقاق وفى البيع إيفاء حقهما وإبقاء حق المولى بالخلف ، بخلاف نفقة الزوجة لأنها تصير دينا فكان تأخيرا على ماذكرنا ، ونفقة المملوك لاتصير دينا فكان إبطالا ، وبخلاف سائر الحيوانات لأنها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها ، إلا أنه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى « لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان » وفيه ذلك ، ونهى عن إضاعة المال وفيه إضاعته . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجبر ، والأصح ماقلنا ، والله تعالى أعلم بالصواب .

ولا تعذبوا خلق الله » وعن عليّ رضى الله عنه قال : كان آخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم « الصلاة الصلاة ، اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم » رواه أحمد ، والمراد من جنس ما تأكلون وتلبسون لا مثله ، فإذا ألبسه من الكتان والقطن وهو يلبس منهما الفائق كفى ، بخلاف إلباسه نحو الجوالق والله أعلم ، ولم يتوارث عن الصحابة أنهم كانوا يلبسون مثلهم إلا الأفراد (قوله فإن امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا) على أنفسهما ، حتى لو كان يتمكن من الإنفاق على نفسه من مال السيد ليس له أن يتناول منه إلا إذا نهاه عن الكسب ، أما إذا كان عاجزا عن الكسب فله أن يتناول من مال السيد إذا أبى أن ينفق عليه (قوله بأن كان عبدا زمنا) يفيد أنه إذا كان صحيحا إلا أنه غير عارف بصناعة لايكون عاجزا عن الكسب لأنه يمكن أن يؤاجر نفسه فى بعض الأعمال كحمل شيء وتحويل شيء كمعين البناء ، وما قدمناه نقلا من الكافى فى نفقة ذوى الأرحام ثبوته هنا أولى ، وكذا إذا كانت جارية لايؤاجر مثلها بأن كانت حسنة يخشى من ذلك الفتنة أجبر على الإنفاق أو البيع ، بخلاف المدبر والمدبرة وأم الولد فإنه يجبر على الإنفاق عليهم عينا إن لم يقدروا على الكسب ، بخلاف المكاتب حيث لايؤمر على حقه بشيء . ولو أعتق عبدا زمنا سقطت نفقته عنه وتجب فى بيت المال ، وكذا العبد الصغير لأنه ليس بينهما محرمية وإن كان عصبة له كابن العم (قوله بخلاف سائر الحيوانات الخ) ظاهر الرواية أنه لايجبره القاضى على ترك الإنفاق

جمع فى هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات وأخره عن الجميع وهو فى محزه ظاهر مذهب أصحابنا أن الإنسان لايجبر على الإنفاق على ملكه سوى الرقيق ، وأما فى الدواب فيفتى فيما بينه وبين الله تعالى بالإنفاق عليها ، وفى غير الدوابّ كالدور والعقار فإنه لايفتى به ، أيضا إلا أنه إذا كان فيه تضييع المال كان ترك الإنفاق مكروها ، وكلامه واضح ، وفرق بين نفقة الزوج والمملوك فى أن المولى إذا امتنع عن الإنفاق وهو ممن لاكسب له أجبر على بيع المملوك ، والزوج إذا عجز عن الانفاق على الزوجة لايجبر على الطلاق بأن فى الإجبار على البيع زوال ملك المولى إلى خلف وهو الثمن ، وفى عدمه فوات حق المملوك فى النفقة لا إلى خلف لأن نفقة المملوك لاتصير دينا على المولى بحال من الأحوال ، وأما فى النكاح ففى الإجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف ، وفى عدمه فوات حق المرأة فى الحال إلى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضى دينا على الزوج فكان تأخيرا . وقوله على ماذكرنا إشارة إلى قوله بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضى لأنها تجب مع يسارها فلا تسقط فكان الضرر اللاحق بالزوج أشد وكان بالدفع أولى (وعن أبي يوسف أنه يجبر) وهو قول الشافعى ، وقاساه على الرقيق ، والأصح ما قلنا : يعنى من عدم الجبر لأن إجبار القاضى المولى على مملوكه نوع قضاء والقضاء لابد له من

. . . .

عليها لأن فى الإجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضى له ويعتمد أهلية الاستحقاق فى المقضى له وليس فليس ، لكنه يؤمر به ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ويكون آثما معاقبا بحبسها عن البيع مع عدم الإنفاق . وفى الحديث « امرأة دخلت النار فى هرّة حبستها حتى ماتت ، لا هى أطلقتها تأكل من خشاش [1] الأرض ، ولاهى أطعمتها » وذكر المصنف أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان : يعنى ماتقدم من رواية أبى داود «لاتعذبوا خلق الله » ونهى عن إضاعة المال وهو مافى الصحيحين من أنه صلى الله عليه وسلم «كان ينهى عن إضاعة المال وكثرة السؤال » . وعن هذا ماذكر أنه يكره فى غير الحيوان أن لاينفق عليها يعنى كالأملاك من الدور والزروع فإنه يؤدى إلى ضياع المال . وعن أبى يوسف أنه يجبر فى الحيوان وهو قول الشافعى ومالك وأحمد رحمهم الله ، وغاية مافيه أن يتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضى على ترك الواجب ولا بدع فيه ، وظاهر المذهب الأول . والحق ماعليه الجماعة ، بخلاف ما لو كانت الدابة بين شريكين فطلب أحدهما من القاضى أن يأمره بالنفقة حتى لايكون متطوعا بالإنفاق عليها فالقاضى يقول للآبى إما أن تبيع نصيبك من الدابة أو تنفق عليها رعاية لجانب الشريك ، ذكره الخصاف . وفى المحيط : يجبر صاحبه لأنه لولم يجبر لتضرر الشريك .

[فروع] وتجب النفقة على من له المنفعة مالكا كان أو لا . مثاله أوصى بعبد لرجل وخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة . ولو أوصى بجارية لإنسان وبما فى بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية . ومثله أوصى بدار لرجل وسكناها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى لأن المنفعة له ، فإن انهدمت فقال صاحب السكنى أنا أبنيها وأسكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لأنه مضطر فيه لأنه لايصل إلى حقه إلا به ، فصار كصاحب العلوّ مع صاحب السفل إذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه كان لصاحب العلو أن يبنيه ويمنع صاحبه منه حتى يعطيه ماغرم فيه ولا يكون متبرعا ، وكذا لو أوصى بنخل لواحد وبثمرها لآخر فالنفقة على صاحب الثمرة ، وفى التبن والحنطة إن بقى من ثلث ماله شىء فالنفقة فى ذلك المال ، وإن لم يبق فالتخليص عليهما لأن المنفعة لهما . وأقول : ينبغى أن يكون على قدر قيمة مايحصل لكل منها وإلا يلزم ضرر صاحب القليل ؛ ألا يرى إلى قولهم فى السمسم إذا أوصى بدهنه لواحد وبشجره لآخر فإن النفقة على من له الدهن لعده عدما وإن كان قد يباع ، وينبغى أن يجعل كالحنطة والتبن فى ديارنا لأن الكسب يباع لعلف البقر وغيره . وكذا أقول فيما عن محمد : ذبح شاة فأوصى بلحمها لواحد وبجلدها لآخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتبن أنه يكون على قدر الحاصل لهما ، وقبل الذبح أجرة الذبح على صاحب اللحم لا الجلد ، ونفقة المبيع قبل أن يقبض قيل على المشترى فتكون تابعة للملك كالمرهون ، والصحيح أنه على البائع مادام فى يده ، ويجوز وضع الضريبة على العبد ولايجبر عليها بل إن اتفقا على ذلك ، والله سبحانه أعلم .

مقضىّ له وهو من أهل الاستحقاق وهذا يوجد فى الرقيق لكونه من أهل أن يستحق حقا على المولى وعلى غيره فى الجملة ؛ ألاترى أنه بالكتابة يستحق حقوقا على المولى وإن كان مملوكا ، فأما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقا فلا يصح أن يكون مقضيا له فانعدم شرط القضاء فينعدم القضاء ، والله تعالى أعلم .

(١) (قوله خشاش) كذا فى بعض النسخ وأيده فى النهاية قال . والخشاش بالكسر الحشرات وقد يفتح ، وفى الحديث « إن امرأة الخ » وسرده إلى أن قال : ويروى بالحاء المهملة ، وهو يابس النبات وهو وهم ، كتبه مصححه .

كتاب العتاق

(الإعتاق تصرف مندوب إليه ، قال صلى الله عليه وسلم « أيما مسلم أعتق مؤمنا أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار » ولهذا استحبوا أن يعتق الرجل العبد والمرأة الأمة ليتحقق مقابلة الأعضاء بالأعضاء . قال (العتق يصح من الحرّ البالغ العاقل فى ماكه) شرط الحرية لأن العتق لايصح إلا فى الملك ولا ملك للملوك والبلوغ

كتاب العتاق

اشترك كل من الطلاق والإعتاق فى أنه إسقاط إلا أنه إسقاط ملك الرقبة والطلاق إسقاط ملك منافع البضع ، وأما إسقاط ملك ما فى الذمة فيسمى إبراء وإسقاط ملك القصاص يسمى عفوا فقد ميزت أنواع الإسقاطات بأسماء لينسب إليها مع اختصار ، وتسرى إضافة للبعض إلى الكل ، وهذا على ظاهر قولهما وعلى قوله بتأويل الأول إلى الكل ويلزم حتى لايقبل الفسخ ، إلا أنه قدم الطلاق وإن كان غير مندوب إليه على العتق المندوب إليه وصلا له بمقابله وهو النكاح ولأنه يقع على محله بشرط وجوده فكان متصلا به أو هو من بيان أحكام النكاح لأن النكاح يوجب ملك

كتاب العتاق

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبته له فى أنه إسقاط بنى على السراية واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق وصار إعتاق البعض كإعتاق الكل إما إفسادا فى الملك أو تحقيقا للعتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق . ومن محاسنه أنه إحياء حكمى يخرج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات إلى كونه أهلا للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية. وتفسيره فى اللغة القوة ، يقال : عتق الفرخ إذا قوى وطار عن وكره. وفى الشريعة : قوة حكمية يصير المرء بها أهلا للشهادة والولاية والقضاء . وأسبابه كثيرة : منها الإعتاق ، ومنها دعوى النسب ، ومنها الاستيلاد ، ومنها ملك القريب ، ومنها زوال يد الكافر عنه كما إذا اشترى الحربى فى دارنا عبدا مسلما فدخل به فى دار الحرب فإنه يعتق فى قول أبى حنيفة ، ومنها الإقرار بحرية العبد إذا اشتراه بعد ذلك . وشرطه كون المعتق حرّا بالغا مالكا ملك اليمين. وركنه ما ثبت به العتق ؛ وهو نوعان : صريح ، وكناية . وحكمه زوال الرق والملك عن المحل . وأنواعه المرسل والمعلق والمضاف إلى مابعد الموت ، وكل منها إما ببدل أو بغيره ، وكلامه ظاهر سوى ألفاظ نذكرها . (قوله شرط الحرية لأن العتق) يعنى الإعتاق لأنه قال والبلوغ لأن الصبى ليس من أهله والصبى من أهل العتق ؛

كتاب العتاق

(قال المصنف : شرط الحرية لأن العتق لايصح إلا فى ملكه) أقول : لك أن تقول بعد قوله فى ملكه لايحتاج إلى شرط الحرية . والجواب أن اشتراط الحرية مقصود بالإفادة ولذلك لم يكتف بمعلوميته ضمنا .

(قوله وتفسيره فى اللغة الخ) أقول : أى تفسير العتاق بمعنى العتق ففيه استخدام إذا كان المراد من لفظه معنى الإعتاق كما لايخفى (قوله ومنها زوال يد الكافر عنه كما إذا اشترى الحربى الخ) أقول : لم تزل يد الحربى عنه فى هذه الصورة بل عتقه لأمر آخر كما سيجىء فى كتاب السير وزوال يده عنه فيما إذا هرب من دارهم أو ظهر عليها كما يجىء أيضا (قوله وشرطه كون المعتق حرا) أقول : فيه استخدام أيضا .

الطلاق ، وبيان متعلق الحكم يبين نفس الحكم المتعلق لأنه فى بيان أنه يملكه على أى وجه من الحل والحرمة والندب والسريان وغير ذلك ، ولا يخفى ما فى الإعتاق من المحاسن فإن الرق أثر الكفر ، فالعتق إزالة أثر الكفر وهو إحياء حكمى لأثر حكمى لموت حكمى ؛ فإن الكافر ميت معنى ، فإنه لم ينتفع بحياته ولم يذق حلاوتها العليا فصار كأنه لم يكن له روح ، قال تعالى ـ أومن كان ميتا فأحييناه ـ أى كافرا فهديناه ، ثم أثر ذلك الكفر الرق الذى هو سلب أهليته لما تأهل له العقلاء من ثبوت الولايات على الغير من إنكاح البنات والتصرف فى المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه ، وامتنع أيضا بسبب ذلك عن كثير من العبادات كصلاة الجمعة والحج والجهاد وصلاة الجنائز ، وفى هذا كله من الضرر ما لا يخفى ، فإنه صار بذلك ملحقا بالأموات فى كثير من الصفات ، فكان العتق إحياء له معنى ، ولذا والله أعلم كان جزاؤه عند الله تعالى إذا كان العتق خالصا لوجهه الكريم الإعتاق من نار الجحيم التى هى الهلاك الأكبر . قوبل إحياؤه معنى بإحيائه معنى أعظم إحياء كما وردت به الأخبار عن سيد الأخيار ، منها الحديث الذى ذكره المصنف رواه الستة فى كتبهم عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أيما امرئ مسلم أعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار » وفى لفظ « من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضوا من أعضائه من النار حتى الفرج بالفرج » أخرجه الترمذى فى الأيمان والنذور ، ورواه ابن ماجه فى الأحكام والباقون فى العتق ، وأخرج أبو داود وابن ماجه عن كعب بن مرة عن النبى صلى الله عليه وسلم « أيما رجل مسلم أعتق رجلا مسلما كان فكاكه من النار ، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار » وزاد أبو داود « وأيما رجل أعتق امرأتين مسلمتين إلا كانتا فكاكه من النار يجزى مكان عظمين منهما عظما من عظامه » وهذا يستقل بما ذكره المصنف من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة المرأة لأنه ظهر أن عتقه بعتق المرأتين بخلاف عتقه رجلا . والعتق والعتاق لغة عبارتان عن القوة ، ومنه عتاق الطير لجوارحها ، وعتق الفرخ إذا قوى على الطيران ، وفرس عتيق إذا كان سابقا وذلك عن قوته ، والبيت العتيق لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه ملك أحد فى عصر من الأعصار ، وقيل للقديم عتيق لقوة سبقه ، وللخمر إذا تقادمت لزيادة قوتها لقوة تأثيرها ، وباعتبار القدم والسبق جاء بيت أوس بن حجر حيث قال :

على ألية عتقت قديما   وليس لها وإن طلبت مرام

يعنى قدمت وأنها لا ترام بحل ، وبعده :

بأن الغدر قد علمت معد   على وجارتى منى حرام

المعنى أنه حلف من قديم أنه لا يغدر ولا يزنى بجارته ، وكذا تقول عتقت إذا سبقت وذلك لفضل القوة ، والعتق أيضا يقال للجمال ، ومنه سمى الصديق عتيقا لجماله ، وقيل لقدمه فى الخير ، وقيل لعتقه من النار ، وقيل لشرفه فإنه قوة فى الحسب وهو معنى ما ذكر أنه يقال للكريم : يعنى الحسيب . وقيل قالت أمه لما وضعته هذا عتيق من الموت وكان لا يعيش لها ولد ، وكل هذه المفهومات ترجع إلى زيادة قوة فى معانيها ، وقيل هو اسمه العلم فيمكن أن يكون سبب وضعه له الجمال أو تفاؤلا له بالحسب المنيف أو بعدم الموت ، وإذا كان العتق لغة القوة فالإعتاق إثبات القوة كما قاله فى المبسوط . والعتق فى الشرع : خلوص حكمى يظهر فى الآدمى عما قدمناه ثابتا بالرق ، ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية به لقدرته على ما لم يكن يقدر عليه فعن هذا يقال إنه القوة الشرعية . ويمكن أن يكون

لأن الصبي ليس من أهله لكونه ضررا ظاهرا ، ولهذا لا يملكه الولي عليه ، والعقل لأن المجنون ليس بأهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله ، وكذا إذا قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان ظاهرا

هذا المعنى من أفراد المعنى اللغوى ، وعن هذا قال فى الصحاح : العتق الحرية بناء على أن القوة المفسر هو بها لغة أعم من كونها فى البدن أو مايرجع إلى معنى آخر ، ولذا أطلقوه فى المواضع التى عددناها باعتبار قوة ترجع إلى معان مختلفة ، إلا أنه مقيد بالحرية الطارئة على الرق ، وبه صرح فى المغرب حيث قال : العتق الخروج عن المملوكية ، فالإعتاق شرعا إثبات القوة الشرعية وهو التحرير إثبات الحرية وهى الخلوص ، يقال طين حر للخالص عما يشوبه ، ومنه يقال أرض حرة لاخراج عليها ، والكل يرجع إلى معنى القوة . والرق فى اللغة الضعف ، ومنه ثوب رقيق وصوت رقيق ، وقد يقال العتق بمعنى الإعتاق فى الاستعمال الفقهى تجوّز باسم المسبب عن السبب كقول محمد أنت طالق مع عتق مولاك إياك . وسببه الباعث فى الواجب تفريغ ذمته وفى غيره قصد التقرب إلى الله تعالى ، وأما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب ، وقد يكون نفس الملك فى القريب ، وقد يكون الإقرار بحرية عبد إنسان حتى لو ملكه عتق ، وقد يكون بالدخول فى دار الحرب ، فإن الحربى لو اشترى عبدا مسلما فدخل به إلى دار الحرب ولم يشعر به عتق عند أبى حنيفة ، وكذا زوال يده عنه بأن هرب من مولاه الحربى إلى دار الإسلام ، وقد يكون اللفظ المذكور كما سنذكره ، وهو نفسه ركن الإعتاق اللفظى الإنشائى ، وشرطه أن يكون العتق حرا بالغا عاقلا وحكمه زوال الرق عنه والملك وصفته فى الاختيارى أنه مندوب إليه غالبا ولا يلزم فى تحققه شرعا وقوعه عبادة فإنه يوجد بلا اختيار ومن الكافر ، بل قد يكون معصية كالعتق للشيطان والصنم وكذا إذا غلب على ظنه أنه لو أعتقه يذهب إلى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق ، وينفذ عتقه مع تحريمه خلافا للظاهرية ، وقد يكون واجبا كالكفارة ، وقد يكون مباحا كالعتق لزيد . والقربة مايكون خالصا لله عز وجل . فتحصل أن العتق يوصف بالأحكام من الوجوب والندب والإباحة والتحريم . هذا وفى عتق العبد الذمىّ مالم يخف ماذكرنا أجر لتمكينه من النظر فى الآيات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه ، وأما ماعن مالك أنه إذا كان أغلى ثمنا من العبد المسلم يكون عتقه أفضل من عتق المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم « أفضلها أغلاها » بالمهملة والمعجمة فبعيد عن الصواب . ويجب تقييده بالأعلى من المسلمين لأنه تمكين المسلم من مقاصده وتفريغه . وأما ما يقال فى عتق الكافر ما ذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر ، فإن الظاهر رسوخ الاعتقادات وإلفها فلا يرجع عنها ، ولذا نشاهد الأحرار بالأصالة منهم لا يزدادون إلا ارتباطا بعقائدهم فضلا عمن عرضت حريته ، نعم الوجه الظاهر فى استحباب عتقه تحصيل الجزية منه للمسلمين ، وأما تفريغه للتأمل فيسلم فهو احتمال ، والله أعلم (قوله ولا ملك للمملوك) عن هذا قلنا إن مال العبد لمولاه بعد العتق وهو مذهب الجمهور ، وعند

ألا ترى أنه لو ورث أخاه عتق عليه فدل على أن مراده بالعتق الإعتاق والصبي ليس من أهله لكونه ضررا محضا ، ويدل على ذلك أيضا قوله لأن المجنون ليس بأهل للتصرف فإن الإعتاق تصرف لا العتق . وقوله (ولهذا) أى ولكون البلوغ والعقل شرطا إذا قال البالغ أعتقت وأنا صبى فالقول قوله ، لأنه لما أسند الى حالة منافية الإعتاق كان إنكارا منه للإعتاق والقول قول المنكر . وقوله لأنه ليس بأهل لقول ملزم : يعنى لأن الصبا يوجب الحجر

لوجود الإسناد إلى حالة منافية ، وكذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حرّ إذا احتلمت لايصح لأنه ليس بأهل لقول ملزم ، ولابد أن يكون العبد فى ملكه حتى لو أعتق عبد غيره لاينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم « لاعتق فيما لايملكه ابن آدم » (وإذا قال لعبده أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أوقد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو) لأن هذه الألفاظ صريحة فيه .

الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك لما عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال « من أعتق عبدا وله مال فالمال للعبد» رواه أحمد . وكان عمر إذا أعتق عبدا لم يتعرض لماله . قيل الحديث خطأ وفعل عمر من باب الفضل .ـ وللجمهور ماعن ابن مسعود أنه قال لعبده : ياعمير إنى أريد أن أعتقك عتقا هنيا فأخبرنى بمالك ، فإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فهو لسيده » رواه الأثرم (قوله وكذا إذا قال الصبيّ الخ) وكذا إذا قال المجنون إذا أفقت فهو حرّ لاينعقد كلامهما سببا عند الشرط لعدم الأهلية حال التكلم الملزم فلم يقع تعليقا معتبرا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم الخ)روى أبو داود والترمذى فى الطلاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال صلى الله عليه وسلم « لانذر لابن آدم فيما لايملك ، ولا عتق له فيما لايملك . ولا طلاق له فيما لايملك » قال الترمذى حديث حسن صحيح وهو أحسن شيء روى فى هذا الباب ،وقوله حتى لو أعتق عبد غيره لاينفذ مقيد بعدم الوكالة (قوله لأن هذه الألفاظ صريح فيه) أى الألفاظ التى تستعمل لإنشاء الإعتاق صريح وكناية فالصريح المولى والحرية والعتق بأى صيغة كان فعلا أو وصفا أومصدرا ، فالفعل نحو أعتقتك وحررتك وأعتقك الله على الأصح ،وقيل بالنية والوصف نحو أنت حر محرّم عتيق معتق ، ولو فى النداء كياحرّ ياعتيق فإنه هكذا حرّ . والمولى كقوله هذا مولاى أو يامولاى يعتق وإن لم ينو ، والمصدر العتاق عليك وعتقك علىّ . ولو زاد قوله واجب لم يعتق لجواز وجوبه عليه بكفارة أو نذر . ولو قال أنت عتق أو عتاق أو حرية عتق بالنية ، ذكره فى جوامع الفقه . فعلى هذا لابد من إصلاح ضابط الصريح ، ثم حكم الصريح أن يقع به نواه أو لم ينوه لا إن نوى غيره إلا فى القضاء . أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع إذا نوى غيره ، فلو قال نويت بالمولى الناصر لايصدق فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى هو على مانوى ، وينبغى أن يكون هذا إذا لم يكن هازلا ، فإن كان هازلا فإنه يقع فيما بينه وبين الله تعالى . وإن نوى غيره وهو الكذب هزلا هكذا يقتضيه ما صدر به الحاكم كتاب العتق من الكافى من قوله ذكر محمد بن الحسن

عن الأقوال . فإن قيل : لانسلم ذلك بل هو أهل له ؛ ألا ترى أن صبيا لو أقرّ بالرق لزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الأصل لاتسمع دعواه ؟ أجيب بأن الملزم ثمة هو يد صاحب اليد وإقراره مؤكد . وقوله (وإذا قال لعبد أو أمته أنت حرّ) قال فى المبسوط : الألفاظ التى يحصل بها العتق نوعان : صريح وكناية . فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء سواء ذكر هذه الألفاظ بصيغة الخبر أو الوصف أو النداء ، أما صيغة الخبر فأن يقول قد أعتقتك أو حررتك ، وأما صيغة الوصف فأن يقول أنت حرّ أو أنت

(قوله ألا ترى أن صبيا لو أقر بالرق لزمه) أقول : لعل المراد الصبى الذى كان فى يد صاحب اليد قبل أن يعبر عن نفسه ، وإلا فالصبى المعبر عن نفسه فى يد نفسه كما سنقف عليه فى كتاب الشهادات .

لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا فأغنى ذلك عن النية والوضع ، وإن كان فى الإخبار فقد جعل إنشاء فى التصرفات الشرعية للحاجة كما فى الطلاق والبيع وغيرهما (ولو قال عنيت به الإخبار الباطل أو أنه حرّ من العمل صدق ديانة)

عن أبى يوسف عن إسماعيل بن مسلم المكى عن الحسن عن أبى الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه » ونزلت هذه الآية - ولا تتخذوا آيات الله هزوا - فى ذلك فإنه يقتضى وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به . وذكر يعنى محمدا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : من تكلم بطلاق أو عتاق أو نكاح فهو جائز عليه . وزاد الشافعية فى الصريح فك الرقبة . ودفع بأنه خلاف الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لذلك القائل « أليسا سواء ؟ فك الرقبة أن تعين فى عتقها » وقوله تصبح حرّا إضافة للعتق وتقوم حرا وتقعد يعتق فى الحال . ولو قال أنت حر النفس عتق فى القضاء ، وإن قال فى أفعالك وأخلاقك لا يعتق ، هكذا روى محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة وقال : أما أنا أرى أن يعتق إذا أراد به الحرية ، وعن أبى يوسف : يعتق بالنية ، قيل والظاهر قول محمد رحمه الله . وبأدنى تأمل يظهر أن لا فرق بين هاتين العبارتين فى المعنى ، فإذا كان كذلك فلا خلاف بينهما على هذا النقل . وعن أحمد أنه صريح واستبعد (قوله لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا) على وجه يتبادر بلا قرينة مع الشهرة فيه وذلك أمارة الوضع فوافق قول الإيضاح وغيره حيث قالوا : الصريح ماوضع له والوضع يغنى عن النية (قوله فأغنى عن النية) يعنى أنه لا يشترط النية لثبوت العتق ، أما نية عدمه بأن ينوى به شيئا آخر فمعتبر فيما بينه وبين الله تعالى لا فى القضاء على ما سيذكر (قوله والوضع) أى وضع التركيب لا المفرد على مالا يخفى ولا المركب حتى يجىء فيه الخلاف فى وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعا نوعيا ؛ مثلا وضع نسبة الفعل الذى عين الواضع صيغته للدلالة على مضى حدثه إلى شىء ليفيد الإخبار بأنه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعله لإثبات أمر لم يكن وضع آخر له . والحاصل أن الحاجة قائمة إلى إثبات هذه المعانى عند النطق ولا بد من دفعها ، وقد استعمل الشرع والعرف واللغة فى ذلك هذه الألفاظ فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها ، وهذا لأن أهل اللغة أيضا يثبتون هذا المعنى : أعنى تحرير العبيد والإماء ببعض هذه الألفاظ ، فقوله فقد جعل إنشاء فى التصرفات الشرعية لم يصرح بفاعل الجعل المذكور ، ولا شك أنه الشارع ويفيده قوله كما فى البيع أيضا ، وحينئذ فيجب أن يكون المراد بجعل الشارع تقريره ، وكذا فى الطلاق والعتاق ، و قد قدمنا فى باب إيقاع الطلاق تقرير كلام الأصحاب من أن الطلاق يثبت اقتضاء تصحيحا لإخباره قبيله . وكلام الكافى فى العتق أيضا مثله ، وهو يقتضى أنه على خبريته لم يجعل إنشاء أصلا ، وعلى هذا قرره المصنف فى الطلاق ، ولفظه فى البيع يخالف ذلك ، وإنما لا تعتبر النية لأنها إنما تعتبر إذا كان المراد مشتبها . والحق أن المعنى متبادر فى خصوص المادة ، وهو ما إذا كان الخطاب لعبد أو بالإشارة كقوله هذا حرّ فإنه يعتق به أيضا ، والوضع يعهد باعتبار خصوص مخاطب ومتكلم فلم يكن وضعا جديدا فليكن ثبوت العتق عنده بحكم الشرع به اقتضاء تصحيحا لإخباره كما مشى عليه فى الكافى هنا وهو وغيره فى الطلاق . ثم هذا التقرير إنما يجرى فى غير النداء ، أما فى النداء فالتحرير فيه لا يثبت وضعا بل اقتضاء على ماسيذكره المصنف . هذا ويلحق بالصريح قوله لعبده وهبتك نفسك أو بعتك نفسك منك فإنه يعتق وإن لم ينو لأن موجب هذا اللفظ إزالة ملكه ، إلا أنه إذا أوجبه لآخر

عتيق ، وأما المنادى فأن يقول ياحرّ ياعتيق ، وكذلك لو قال لعبده هذا مولاى الخ .

لأنه يحتمله (ولايدين قضاء) لأنه خلاف الظاهر (ولو قال له ياحرّ ياعتيق يعتق) لأنه نداء بما هو صريح في العتق وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضى تحقق الوصف فيه وأنه يثبت من جهته فيقضى بثبوته تصديقا له فيما أخبر، وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى إلا إذا سماه حرا ثم ناداه ياحرّ لأن مراده الإعلام باسم علمه وهو مالقبه به . ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق ، وكذا عكسه لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخبارا عن الوصف (وكذا لو قال رأسك حرّ أو وجهك أو رقبتك أو بدنك أو قال لأمته فرجك حرّ) لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر فى الطلاق، وإن أضافه إلى جزء شائع

يتوقف على قبوله ، وإذا أوجبه للعبد يكون مزيلا بطريق الإسقاط فلا يحتاج إلى قبوله ولا يرتد بالرد ، أما إذا قال بعتك نفسك بكذا فإنه يتوقف على القبول (قوله ولا يدين لأنه خلاف الظاهر) بخلاف ما لو قال عنيت أنه كان حرا فى وقت فإنه ينظر إن كان العبد من السبي دين ، وإن كان مولدا لايدين كذا فى الغاية .

[فروع] فى البدائع : دعا عبده سالما فأجابه آخر فقال أنت حرّ ولا نية له عتق المجيب . ولو قال عنيت سالما عتقا فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى إنما يعتق الذى عناه ، ولو قال ياسالم أنت حرّ فإذا هو عبد آخر عتق سالم لأنه لامخاطب هنا إلا سالم ، وفيه قال لعبد أنت ح ر أو لزوجته أنت ط ا ل ق إن نوى العتق والطلاق وقع لأنه يفهم من هذه عند الانفراد مايفهم عند التركيب ؛ إلا أنها ليست صريحة لأنها عند الانفراد لم توضع للمعنى فصارت كالكناية فتقف على النية ، ولو قال أنت حر اليوم من هذا العمل عتق قضاء لأنه إذا صار حرا فى شىء صار حرا فى كل الأشياء (قوله وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور) هذا هو حقيقته تكلم فى النداء فى مواضع أولها هذا وتمام عبارته فيه فيقتضى تحقيق الوصف فيه وأنه ثبت من جهته فيقضى بثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد : أى فى مسئلة ياابنى . ثانيها فيما إذا لقبه حرا ثم ناداه يا آزاد أو آزاد وناداه ياحر أنه يعتق فقال لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخبارا عن الوصف المذكور ، وهذان معا يفيدان أن عتقه باعتبار إخباره عن ثبوت الوصف الذى هو الحرية فيه فيثبت تصديقا له ، ولا يخفى أنه لا إخبار فى النداء إلا ضمنا ، فإن قوله ياحر يتضمن معنى يامن اتصف بالحرية فتثبت الحرية شرعا تصحيحا لكلامه ، وهذا يفيد أن ثبوتها اقتضاء تصحيحا لإخباره الضمنى وهو لايقتضى نقل الإخبار إلى الإنشاء ، وأما كلامه فى الموضع الثالث وهو قوله يا ابنى يا أخى حيث لايعتق فزاد فيه فى ثبوت الإعتاق قيدا آخر وهو أن يكون ذلك الوصف الذى عبر به عن المنادى يمكن إثباته من جهته كالعتق ومالايمكن فيه ذلك يجعل لمجرد إعلامه باستحضاره ، والبنوة لايمكن إثباتها حالة النداء لأنه لو خلق من مائه كان ابنا له قبل النداء لابه .

[فرع] فى جوامع الفقه قال لعبد غيره ياحرّ اسقنى ثم اشتراه يعتق ، قيل هذا نقض للقاعدة . أجيب بأنه يمكن إثباته حال النداء بأن أعتق عبد غيره فأجاز المولى فإنه يعتق (قوله لأن مراده الإعلام) أى إعلام العبد باسم علمه ليحضر بندائه ، وهذا ظاهر إذا كان علميته له معلومة فيكون قصد غيره استحضار الذات هو الاحتمال دون الظاهر فلا يعتق إلا أن يريده فيعتق حينئذ (قوله أو قال لأمته فرجك حرّ) خص الأمة لأن قوله لعبده فرجك

وقوله (وسنقرره من بعد) أراد به قوله فى مسئلة يا ابنى على ما سيجىء . وقوله (إلا إذا سماه حرا) استثناء من قوله ولو قال له ياحر (قوله وكذا عكسه) يعنى بأن ناداه بقوله ياحر وكان لقبه آزاد . وقوله (فيعتبر إخبارا عن الوصف) قيل فيه نظر ، لأنه إذا لم يكن حر علما له كان قوله ياحر إنشاء للحرية لا إخبارا عن الوصف .

يقع فى ذلك الجزء ، وسيأتيك الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى · وإن أضافه إلى جزء معين لايعبر به عن الجملة كاليد والرجل لايقع عندنا خلافا للشافعى رحمه الله ، والكلام فيه كالكلام فى الطلاق وقد بيناه (ولو قال لاملك لى عليك ونوى به الحرية عتق وإن لم ينو لم يعتق) لأنه يحتمل أنه أراد لاملك لى عليك لأنى بعتك . ويحتمل لأنى أعتقتك فلا يتعين أحدهما مرادا إلا بالنية قال (وكذا كنايات العتق) وذلك مثل قوله خرجت من ملكى ولاسبيل لى عليك ولا رق لى عليك وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل نفى السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية ، وكذا قوله لأمته قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروى عن أبى يوسف رحمه الله ، بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى (ولو قال لاسلطان لى عليك ونوى العتق لم يعتق)

حر فيه خلاف قيل يعتق كالأمة . وعن محمد لايعتق لأنه لايعبر به عنه بخلاف الأمة ، ولو قال لها فرجك علىّ حرام ينوى العتق لاتعتق لأن حرمة الفرج مع الرق يجتمعان ، وفى لسانك حر يعتق لأنه يقال هو لسان القوم ، وفى الدم روايتان ، ولو قال لها فرجك حر عن الجماع عتقت ، وفى الدبر والاست الأصح أنه لايعتق لأنه لايعبر به عن البدن ، وفى العتق روايتان ، والأولى ثبوت العتق فى ذكرك حرّ لأنه يقال فى العرف هو ذكر من الذكور وفلان فحل ذكر وهو ذكرهم (قوله وسيأتيك الاختلاف فيه) عند أبى حنيفة يقتصر على ذلك المقدار وعندهما يعتق كله وهى مسئلة تجزى الإعتاق الآتية (قوله ولو قال لا ملك لى عليك) شروع فى الكنايات . والحاصل أن ما ليس بصريح من الألفاظ منها ما يقع العتق به إذا نواه ، ومنها مالا يقع به شىء وإن نواه . فالأول نحو لاملك لى عليك لا سبيل لى عليك خرجت من ملكى لارق لى عليك خليت سبيلك ولا حق لى عليك عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقوله لأمته أطلقتك أو أنت حر أو قال لعبده أنت حرة عتق فى الجميع إن نوى ، ولو قال

وأجيب بأنه إذا لم يكن علما كان المنادى فى الحقيقة ذاتا موصوفة بصفة الحرية ، والوصف فى الحقيقة خبر عن الموصوف ، وكان النداء إخبارا بأن المنادى موصوف بهذه الصفة . وقوله (وسيأتيك الاختلاف فيه) يريد الاختلاف فى تجزى الإعتاق على مانذكره ، وقوله (وقد بيناه) يعنى فى الطلاق . وقوله (وكذا قوله لأمته قد أطلقتك) يعنى إن نوى العتق يقع لكونه بمنزلة خليت سبيلك لمناسبة الإرسال تخلية السبيل ، بخلاف قوله طلقتك فإنها لاتعتق لأنه صار صريحا فى الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما يأتى بيانه . وقوله لأن السلطان عبارة عن اليد ، يقال لفلان سلطنة ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء فنفيه نفى لليد وكأنه قال لا يد لى عليك ، ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز أن تزول اليد ويبقى الملك كما فى المكاتب ، بخلاف قوله لاسبيل لى عليك لأن السبيل المضاف إلى العبد كناية عن الملك لأنه طريق إلى نفاذ التصرف فيه . ولو نفى الملك بأن قال لا ملك لى عليك ونوى العتق عتق . فإن قيل : زوال اليد إما أن يكون ملزوما لزوال الملك أو لازما له ، فإن كان الأول فليكن مجازا لأن المجاز ذكر الملزوم وإرادة اللازم ، وإن كان الثانى فليكن كناية لأن الكناية ذكر اللازم وإرادة الملزوم . فالجواب أنه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما فى المكاتب على ما ذكرنا ، ولا بلازم له لانفكاك زوال الملك عنه فإن الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق إلى أن يسلم .

(قوله فالجواب أنه ليس بملزوم ، إلى قوله : فإن الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق إلى أن يسلم) . أقول : قال المحشى الشهير بيعقوب باشا : فيه كلام ، فإنه لم لايجوز أن تعتبر العلاقة بين زوال اليد والإعتاق ، فإن زوال اليد لازم للإعتاق . فإن قلت : الإعتاق إزالة الملك عنه

لأن السلطان عبارة عن اليد ، وسمى السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما فى المكاتب ، بخلاف قوله لاسبيل لى عليك لأن نفيه مطلقا بانتفاء الملك لأن للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق (ولو قال هذا ابنى

أنت لله أو جعلتك لله خالصا روى عن أبى حنيفة أنه لايعتق وإن نوى ، لأن الأشياء كلها لله بحكم التخليق ، وعنهما أنه يعتق لأن الخلوص لايتحقق إلا بالعتق . والثانى نحو أن يقول لعبده بنت منى ولأمته بنت عنى أو حرمت على أو أنت برية أو بائن أو بتة أو اخرجى أو اغربى أو استترى أو تقنعى أو اذهبى أو اختارى فاختارت نفسها لأنه يثبت العتق بها وإن نواه ، وكذا طلقتك وكذا سائر صرائح الطلاق وكناياته لما سنذكر ، وكذا إذا قال اذهب أو توجه حيث شئت من بلاد الله لايعتق وإن نوى ، وفى المغنى اذهب حيث شئت كناية ، ولو قال أنت مثل الحر لايعتق لأن التشبيه للمشاركة فى بعض المعانى وقد تحقق ذلك . وقال بعض المشايخ : يعتق إذا نوى كقوله لامرأته أنت مثلا امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته يصير به موليا إن نوى الإيلاء (قوله لأن السلطان عبارة عن اليد) قيل فيه تسامح ، بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة اليد ، لكن كلام المصنف يفيد أنه التحقق لا التساهل والتجوز فإنه قال : وسمى السلطان به لقيام يده فإنه يقتضى أن المعنى الحقيقى الأصلى للسلطان هو اليد وتسمية غيره به لاتصافه باليد كما تسمى رجلا بالفضل لاتصافه به ، ثم قيل هو مشترك بين الحجة لقول ابن عباس : كل سلطان فى القرآن هو الحجة واليد ، فإذا قال لاسلطان لى عليك فإنما نفى الحجة واليد ونفى كل منهما لايستدعى نفى الملك كالمكاتب ، بخلاف نفى السبيل لأنه نفى الطريق ، والطريق المسلوك لايراد حقيقة هنا فجعل كناية عن الملك ، لأن الطريق ما يتوصل به إلى غيره ، والملك فى العبد يتوصل به شرعا إلى إنفاذ التصرفات ، فإذا صح جعله كناية عنه عتق إذا أراده ، بخلاف السلطان فإنه اليد فنفيه نفى اليد وهو غير مستلزم نفى الملك كما فى المكاتب ، فلو جعل كناية عن العتق وفيه إزالة اليد والملك لثبت باللفظ أكثر مما وضع له وأنه لايجوز ، وكذا لا حجة لى عليك . واعلم أن بعض المشايخ مال أنه يعتق بالنية فى لا سلطان لى عليك ، وبه قال الأئمة الثلاثة . وقال بعض المشايخ : إنه ليس ببعيد . وعن الكرخى رحمه الله : فنى عمرى ولم يتضح لى الفرق بين نفى السلطان والسبيل ؛ ومثل هذا الإمام لايقع له مثل هذا إلا والمحل مشكل وهو به جدير . أما أولا فإن اليد المفسر بها السلطان ليس مرادا بها الجارحة المحسوسة بل القدرة ، فإذا قيل له سلطان : أى يد يعنى الاستيلاء . وقد صرح فى الكافى بأن السلطان يراد به الاستيلاء ، وإذا كان كذلك كان نفيه نفى الاستيلاء حقيقة أو مجازا فصح أن يراد منه مايراد بنفى السبيل بل أولى بأدنى تأمل . وأما ثانيا فالمانع الذى عينه من أن يراد به العتق وهو لزوم أن يثبت باللفظ أكثر مما

وقوله (لأن للمولى على المكاتب سبيلا) يعنى من حيث المطالبة ببدل الكتابة ، حتى إذا انتفى ذلك بالبراءة عنه يعتق . قال (ولو قال هذا ابنى) ومن قال لعبده الذى يولد

أبى حنيفة . قلت : نعم لكنه إزالة مخصوصة ، ولو سلم فلا يتضح الكلام على قولهما وليس فى المسألة خلاف مسموع ، بل الصواب فى الجواب أن يقال : إن اللفظ المستعمل فى حق العبد إنما يحمل على العتق مجازا إذا كان أصل معناه منافيا للعبدية ، سواء كانت المنافاة بسبب العتق أو بسبب آخر ، فلاحتمال العتق يحمل عليه مع النية كما فى لاسبيل لى عليك . وأما إذا لم يكن منافيا كما فى لابد لى عليك فلا لعدم الضرورة فتأمل اه . وفيه بحث ، فإن الحصر المستفاد من قوله إنما يحمل على العتق الخ ممنوع لابد له من دليل ، وكيف لايمنع والعتق من محتملات كلامه وفيه تشديد عليه . ثم بقى فى جواب الشارح بحث من وجه آخر بأن يقال وكذا زوال السبيل ليس بلازم لزوال الملك ، فإن الملك يزول بالبيع قبل تسليم المبيع والثمن والبائع بسبيل من حبس المبيع إلى أن يسلم الثمن . وجوابه أن السبيل المضاف لازم الملك ونفيه ملزوم لنفيه فليتأمل قال المصنف لأن للمولى على المكاتب سبيلا الخ) أقول : مناقض لقوله لأنه يحتمل نفى السبيل بالبيع والكتابة .

وثبت على ذلك عتق) ومعنى المسئلة إذا كان يولد مثله لمثله ، فإن كان لايولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ؛ ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت نسبه منه ، وإذا ثبت عتق لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق ، وإن كان له نسب معروف لايثبت نسبه منه للتعذر ويعتق إعمالا للفظ فى مجازه عند تعذر إعماله بحقيقته ، ووجه المجاز نذكره من بعد إن شاء الله تعالى (ولو قال هذا مولاى أو يامولاى عتق) أما الأول فلأن اسم المولى

وضع له غير مانع ، إذ غاية الأمر أن يكون المعنى المجازى أوسع من الحقيقى ، ولا بدع فى ذلك بل هو ثابت فى المجازات العامة ، فإن المعنى الحقيقى فيها يصير فردا من المعنى المجازى ، كذا هذا يصير زوال اليد من أفراد المجازى : أعنى العتق أو زوال الملك ، فالذى يقتضيه النظر كون نفى السلطان من الكنايات (قوله وثبت على ذلك) قيل هذا قيد اتفاقى لامعتبر ولذا لم يذكره فى المبسوط . وذكر فى الينابيع الثبات ليس بلازم . وفى النهاية رأيت بخط شيخى وفى شرح القدورى لأبى الفضل أراد بقوله وثبت على ذلك أنه لم يدع به الكرامة والشفقة حتى لو ادعى ذلك يصدق . وفى أصول فخر الإسلام : الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا العتق ، ويوافقه ما فى المحيط وجامع شمس الأئمة والمجتبى : هذا ليس بقيد حتى لو قال بعد ذلك أوهمت أو أخطأت يعتق ولا يصدق ولو قال لأجنبية يولد مثلها لمثله هذه بنتى ثم تزوجها بعد ذلك جاز أصرّ على ذلك أم لا. قالوا : هذا فى معروفة النسب ، أما مجهولة النسب إن دام على ذلك ثم تزوجها لم يجز وإلا جاز. قال فى المجتبى عرف بهذا أن الثبات شرط الفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق ، وإنما شرط الثبات لثبوت النسب لاالعتق لأن ثبوت النسب يصح الرجوع عن الإقرار به دون العتق على ماسمعت من التزوّج بمن أقر ببنتيتها . وفى مختصر الكرخى : إذا أقرّ فى مرضه بأخ من أبيه وأمه وابن ابن أو بعم وصدقه المقر له ثم أنكره المريض وقال ليس بينى وبينه قرابة ثم أوصى بماله لرجل ولا وارث له فإن المال كله للموصى له ولا شىء للمقرّ له لأن المريض جحد ما أقر به من ذلك ولم يكن إقراره لازما ، ثم إذا قال هذا ابنى هل تصير أمه أم ولد له إذا كانت فى ملكه ؟ قيل لا سواء كان الولد مجهول النسب أو معروف النسب ، وقيل تصير أم ولد فى الوجهين ، وقيل إن كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه لاتصير أم ولد له ، وإن كان مجهوله حتى ثبت نسبه منه صارت أم ولد له وهذا أعدل (قوله إذا كان يولد مثله لمثله) يعنى إذا كان مثله فى السن يجوز شرعا أن يكون ابنا لمثل المدعى فى السن هذا هو المراد . وحاصله إذا كان سنه يحتمل كونه ابنه لا المشاكلة حتى لو كان المدعى أبيض ناصعا والمقول له أسود حالك أو بالقلب وسنه يحتمل

مثله لمثله وليس له نسب معروف هذا ابنى (وثبت على ذلك) ثبت النسب فيعتق عليه . ومعنى قوله ثبت على ذلك ولم يدع به الكرامة والشفقة ، كذا فى شرح القدورى لأبى الفضل ، حتى لو ادعى ذلك صدق . وقيل الثبات شرط النسب لكون الرجوع عنه صحيحا دون العتق . وقيل هو شرط اتفاقى . وقوله (لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب) لأنه ليس له نسب معروف فيثبت نسبه (وإذا ثبت عتق لاستناد النسب إلى وقت العلوق وإن كان له نسب معروف تعذر ثبوت النسب لكنه يعتق إعمالا للفظ فى مجازه عند تعذر الحقيقة) وسيجىء بيان تجوز المجاز (ولو قال هذا مولاى) ظاهر . وقيل ما ذكر المصنف من معنى المولى هو المشهور فاقتصر عليه وهو يستعمل فى ثلاثة وعشرين معنى ، ذكره ابن الأثير . أما مجيئه بمعنى الناصر فكما فى قوله تعالى ـ ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وأن الكافرين لامولى لهم ـ وأما بمعنى ابن العم فكما فى قوله تعالى ـ وإنى خفت الموالى من ورائى

وإن كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة فى الدين والأعلى والأسفل فى العتاقة إلا أنه تعين الأسفل فصار كاسم خاص له ، وهذا لأن المولى لايستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الأول . والثانى والثالث نوع مجاز ، والكلام للحقيقة والإضافة إلى العبد تنافى كونه معتقا فتعين المولى الأسفل فالتحق بالصريح . وكذا إذا قال لأمته هذه مولاتى لما بينا ، ولو قال عنيت به المولى فى الدين أو الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق فى القضاء لمخالفته الظاهر ، وأما الثانى فلأنه لما تعين الأسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال ياحرّ ياعتيق فكذا النداء بهذا اللفظ . وقال زفر رحمه الله : لايعتق فى الثانى لأنه يقصد به الإكرام بمنزلة قوله ياسيدى يامالكى . قلنا : الكلام لحقيقته وقد أمكن العمل به ، بخلاف ماذكره لأنه ليس فيه مايختص بالعتق

كونه ابنه ثبت النسب (قوله وإن كان ينتظم الناصر) قال تعالى ـ ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وأن الكافرين لامولى لهم ـ وابن العم كما ذكر فى قوله تعالى حكاية عن زكريا ـ وإنى خفت الموالى من ورائى ـ (قوله فتعين الأسفل فالتحق بالصريح) أورد عليه شارح أنه مشترك استعمل فى معان فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحا فلا بد من النية ، وقولهم المولى لايستنصر بمملوكه عادة ممنوع بل تحصل له النصرة بهم . على أنا نقول : الصريح يفوق الدلالة ، والمتكلم ينادى أنا عنيت الناصر بلفظ المولى وله دلالة عليه حقيقة ، وهم يقولون دلالة الحال من كلامك تدل على أن المراد الأسفل ولا تعتبر إرادة الناصر ونحوه وهذا فى غاية المكابرة اهـ . والجواب أن قوله استعمل فى معان فلا يكون مكشوف المراد إن أراد دائما منعناه لجواز أن ينكشف المراد من المشترك فى بعض الموارد الاستعمالية لاقترانه بما ينفى غيره اقترانا ظاهرا كما هو فيما نحن فيه ، ومنعه أن المولى لايستنصر بعبده لايلائم ما أسنده به من قوله تحصل النصرة بهم لأن المراد أنه إذا حزبه أمر لايستدعى للنصر عبده بل بنى عمه وإن كان العبيد والخدم ينصرونه لكنه يأنف من دعائهم عادة وندائهم لذلك فأين دعاؤه إياهم لذلك من كونهم ينصرونه . وأما قوله الصريح يفوق الدلالة فكأنه أراد الكناية فطغا قلمه فنقول هذا الصريح وهو قوله أردت الناصر بلفظ المولى إنما قاله بعد قوله عما هو ملحق بالصريح فى إرادته العتيق فأثبت حكمه ذلك ظاهرا ، وهذا الصريح بعده رجوع عنه فلا يقبله القاضى والكلام فيه ، ونحن نقول فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى لو أراد الناصر لم يعتق فأين المكابرة . واعلم أن فى المسئلة خلافا ذهب بعض المشايخ أنه لايعتق فى هذا مولاى إلا بالنية : وأنه بين الصريح والكناية (قوله وقال زفر : لايعتق فى الثانى) وهو يامولاى إلا بالنية ، وبقوله قال الشافعى ومالك وأحمد لأنه يراد به الإكرام بمنزلة قوله ياسيدى يامالكى أفاد أنهما من الكنايات بالاتفاق ، فإذا قال لعبده ذلك ناويا للعتق عتق وهكذا فى ياسيد ، وقد قيل إنه يعتق بهما وإن لم ينو ، وقيل إذا لم ينو عتق فى ياسيدى لا فى ياسيد . والمختار أنه لايعتق فيهما إلا بالنية (قوله بخلاف ماذكر) وهو ياسيدى يامالكى لأنه ليس فيه مايختص بالعتق فى الحال ولا

وقوله (والثالث نوع مجاز) يعنى الموالاة فى الدين لأن المولى مشتق من الولى وهو القرب ولا قرب بين المشرقى والمغربى من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان فيعتبر القرب من حيث الدين ولهذا جاز نفيه ، كذا فى بعض الشروح ومصححه الفرض والتقدير . وقوله (فالتحق بالصريح) يعنى بدلالة الحال فى المحل وهو كونه عبدا . وقوله (وأما الثانى) يعنى به قوله يامولاى . وقوله (بخلاف ماذكر) يعنى قوله ياسيدى يامالكى

(قوله كذا فى بعض الشروح) أقول : يعنى شرح تاج الشريعة .

فكان إكراما محضا (ولو قال يا ابنى أو يا أخى لم يعتق) لأن النداء لإعلام المنادى إلا أنه إذ كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف فى المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما فى قوله ياحرّ على مابيناه ، وإذا كان النداء بوصف لايمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لايمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لايكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام . ويروى عن أبى حنيفة رحمه الله شاذا أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر . ولو قال يا ابن لايعتق لأن الأمر كما أخبر فإنه ابن أبيه ، وكذا إذا قال يابنى أو يابنية لأنه تصغير للابن والبنت من غير إضافة والأمر كما أخبر (وإن قال لغلام لايولد مثله لمثله هذا ابنى عتق عند أبى حنيفة رحمه الله) وقالا : لايعتق وهو قول الشافعى

بعد العتق لأنه لايصير سيدا بالعتق لسيده . والوجه أن حقيقته متعذرة لفرض أن المتكلم حرّ غير عبد فتعين المجاز ، ولم يلزم خصوص المجازى الذى هو العتق لجواز أن يريد مجازيا آخر هو الإكرام فلا يتعين لأحدهما إلا بالنية ، فقلنا إذا نوى بياسيدى العتق عتق ، أما إذا لم تكن له نية صير إلى الأخف الذى هو الإكرام لأن زوال الملك لايثبت مع الاحتمال بلا نية ، بخلاف يامولاى لأنه بحقيقته فى الأسفل يثبت العتق وبعد انتفاء الحقائق الآخر بالنافى (قوله ولو قال يا ابنى أو يا أخى لم يعتق) لأن النداء لإعلام المنادى بمطلوبية حضوره ، فإن كان بوصف يمكن إثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقا له كما سلف ، وإن لم يمكن تجرد للإعلام والبنوة لايمكن إثباتها من جهة العتق إلا تابعا لو تخلق من ماء غيره ولا تثبت لثبوت النسب ، وعلى هذا فينبغى أن يكون محل المسئلة ما إذا كان العبد معروف النسب وإلا فهو مشكل ، إذ يجب أن يثبت النسب تصديقا له فيعتق . وفى نوادر ابن رستم عن محمد رحمه الله : لوقال لعبده ياعمى يا خالى أو يا أبى ياجدى أويا ابنى أو لجاريته ياعمتى ياخالتى أو يا أختى أو لعبده يا أخى لايعتق فى جميع ذلك ، ووجهه على وجه يدفع . واعلم أنه إذا كان المقصود من النداء استحضار الذات إلا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهة المنادى بذلك اللفظ جعل مثبتا له مع النداء وإلا لا ، ولا شك أن الابنية لايمكن إثباتها لذلك اللفظ سواء خلق من مائه أو من ماء غيره ، فقول المصنف لأنه لو خلق

لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق ، معناه أن معنى قوله يامولاى يامن عليه ولاء العتاقة حيث تعين الأسفل مرادا فيثبت بهذا القول مايختص بالعتق وهو الولاء وهو يقتضى سابقة العتق ، بخلاف قوله ياسيدى ياملكى فإن معناه يامن له السيادة والملك علىّ ولم يثبت به شىء يختص بالعتق فيحمل على المجاز وهو الإكرام والتلطف . وقوله (ولو قال يا ابنى أو يا أخى لم يعتق) فرق بينهما وبين قوله ياحر فى وقوع العتق به دونهما لأن النداء إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان النداء لتحقق ذلك الوصف فى المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما هو فى قوله ياحر فإنه قادر على إثبات صفة الحرية فيه من جهته فى الحال (على مابينا) يعنى فى قوله لأنه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى الخ ، وإذ كان بوصف لايمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره ، والبنوة لايمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لايكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام ، هذا ظاهر الرواية (وروى الحسن عن أبى حنيفة أن يعتق فيهما) أى فى قوله يا ابنى يا أخى .

والحاصل أن العتق يقع بالنداء بثلاثة ألفاظ فى ظاهر الرواية ياحرّ ياعتيق يامولاى ، وفى رواية الحسن بخمسة ألفاظ بالثلاثة المذكورة وبقوله يا ابنى ويا أخى والاعتماد على الظاهر . وقوله (ولو قال يا ابن) ظاهر . قال (وإن قال لغلام لايولد مثله لمثله) إذا قال لعبده وهو أكبر سنا منه (هذا ابنى عتق عند أبى حنيفة ، وقالا لايعتق) وهو قول أبى حنيفة أو لا (وهو قول الشافعى) وأصل هذه المسئلة أن المجاز خلف عن الحقيقة فى الحكم عندهما ، وفى

رحمه الله لهم أنه كلام محال الحقيقة فيرد فيلغو كقوله أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه ،وهذا لأن البنوة فى المملوك سبب لحريته ، إما إجماعا أو صلة للقرابة ، وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز فى اللغة تجوزا ،ولأن الحرية ملازمة للبنوة فى المملوك والمشابهة فى وصف ملازم من طرق المجاز على ماعرف فيحمل عليه تحرزا عن الإلغاء، بخلاف ما استشهد به لأنه لاوجه له فى المجاز فتعين الإلغاء،وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الإقرار بالمال والتزامه وإن كان القطع سببا لوجوب المال لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الأرش ، وأنه يخالف مطلق المال فى الوصف

من ماء غيره إلى آخره لافائدة فيه للقطع بأنه إذا خلق من مائه لاتثبت الابنية إلا بذلك التحقيق من ذلك الماء لا باللفظ ، وهذا على أن ثبوته لابطريق الاقتضاء ، وذلك لأن مايثبت لتصحيحه يجب كونه خبرا صريحا بخلاف ماتضمنه النداء بالوصف ، وعلى هذا فما قدمنا تقريره فى ياحرّ مساهلة لعدم اختلاف الجواب فإن الثابت الحرية ، فإن قرر ثبوتها اقتضاء للخبر الضمنى أو إثباته منه بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود . وأما الرواية عن أبى حنيفة التى ذكرها المصنف شاذة فليس وجهها إلا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر الضمنى بتحقق وصف الابنية ، غير أنه يستلزم ثبوت النسب إذا كان العبد مجهول النسب ، ومثله يولد له ، وعدم العتق إذا كان معلوم النسب(قوله لهم أن هذا كلام محال) أى معناه الحقيقى محال فيرد فيلغو نفسه ، وإذا عدّ لغوا لم يوجب حكما أصلا لاباعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا باعتبار المجاز وهو ثبوت العتق ،كما أنه لما لغا قوله أعتقتك قبل ان أخلق

التكلم عند أبى حنيفة على ماعرف فى الأصول وقد قررناه فى التقرير فقالا : الحكم ههنا محال فلا يتصور المجاز ، بخلاف الأصغر سنا فإن الحقيقة فيه متصورة لإمكان أن يكون العلوق منه واشتهر نسبه من غيره فصار كما لو قال أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق . وقال أبوحنيفة : تصور حكم الحقيقة ليس بشرط ، فإنه لو قال لحرة اشتريتك بكذا كان نكاحا صحيحا ،والحرة ليست بمحل للبيع بل الشرط صحة التكلم . وقوله هذا ابنى كلام صحيح فى محله من مبتدإ وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حرّ من حين ملكت لأن البنوّة إذا ثبتت فى المملوك كان حرا من حين العلوق وذكر الملزوم وإرادة اللازم هو المجاز فصار كأنه قال هذا حرّ من حين ملكته وذلك يوجب العتق لامحالة فيحمل على ذلك تصحيحا لكلامه ، بخلاف ما استشهد به على بناء المفعول لأنه لا وجه للمجاز إذ ليس قوله أعتقتك قبل أن أخلق ملزوما لقوله أنت حر من حين ملكت لأن الأول يقتضى عدم ورود الملك عليه والثانى يقتضى وروده البتة ، والشيء لايكون ملزوما لما ينافيه وإلا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال . وقوله (وهذا يخالف ما إذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين)جواب عما يقال لوكان صحة ذكر الملزوم وإرادة اللازم مجوزة للمجاز ، وإن لم يكن الحكم متصوّرا لوجب عليه الأرش فى الصورة المذكورة لأن القطع خطأ سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك مجازا عن قوله لك علىّ خمسة آلاف درهم واللازم باطل فالملزوم مثله ، وتقرير جوابه أن القطع خطأ ليس بسبب لمال مطلق بل لما يخالف المال المطلق فى الوصف وهو الأرش .

(قال المصنف لهم أنه كلام محال فيرد فيلغو) أقول : يرد عليه هذا أسد إلا أن يقولوا فرق بين إفادة الحكم الشرعى وغيره والكلام المحال لايفيد الأول فليتأمل (قال المصنف : والمشابهة فى وصف ملازم من طرق المجاز) أقول : نعم إلا أن اعتباره مشكل هنا فإنه فى الاستعارة إلا أن يجعل مثل زيد أسد مجازا وجوابه فى التلويح .

حتى وجب على العاقلة فى سنتين ولا يمكن إثباته بدون القطع ، وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له ، أما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما فأمكن جعله مجازا عنه .

لم يثبت به العتق ، وهذا بناء على أن شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الأصل فإن المجازى ليس محلا ، وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بأن يكون مثلا مبتدأ وخبرا ، ومن سعد بانتهاض وجهه فى المبنى سعد بهذا الفرع ونحوه ، وبه يعرف أن استدلال المصنف كله فى غير محل النزاع لأنهم لا ينكرون أن البنوة سبب للعتق وأنه طريق المجاز ، بل يشترطان بعد ذلك شرطا آخر وهو تصور حكم الأصل : أى الحقيقى . فتحرير محل النزاع أن تقول اتفقوا على أن المجاز خلف عن الحقيقة لوجود معنى الخلف به ، والأصل أن لا يصار إلى المجاز إلا عند تعذر معنى الحقيقة أو تعيين المجاز بدليل آخر . واختلفوا فى جهة الخلفية ، فعندهما الخلفية بينهما فى الحكم : يعنى أن الحكم الذى يثبته المجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابنى خلف عن الحكم الذى يثبته نفس هذا اللفظ إذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب . وعند أبى حنيفة فى التكلم : يعنى نفس الكلام فيكون لفظ هذا ابنى مستعملا فى الحرية خلفا عن هذا ابنى مستعملا فى ثبوت البنوة . وقيل بل خاف عن لفظ هذا حرّ وهو الأصل ، والأول أوجه وإن كان معنى الآخر صحيحا لأنهم لم يحكوا خلافا سوى فى جهة الخلفية ، وعلى ماقيل يكون فيها ، وفى الأصل أيضا أنه نفس اللفظ الذى هو المجاز فى الاستعمال الحقيقى أو اللفظ الذى يؤدى ذلك المعنى المجازى بطريق الحقيقة . وقال فخر الإسلام فى تحرير قول أبى حنيفة : يشترط صحة الأصل من حيث أنه مبتدأ وخبر موضوع للإيجاب بصيغته ، فإذا وجد وتعذر الحمل بحقيقته إلى آخر ماذكره ، ولا شك أن صحة الأصل من تلك الجهة مع تعذر معناه الحقيقى إنما هو فى هذا ابنى للأكبر منه ، أما فى هذا حرّ فصحيح لفظه ولم يتعذر معناه الحقيقى ، واستدل لهما مرة بأنه لابد فى المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له إلى المتجوز فيه لتوقف اللازم على الملزوم فلا بد من إمكانه وإلا استحال لأن الموقوف على المحال محال ، ومرة بالقياس على مسئلة الحلف على مس السماء وشرب ما فى هذا الكوز ولا ماء فيه حيث يحنث عقيب اليمين فى الأولى ، وتجب الكفارة فيه دون الثانية ، فوجوب الكفارة خلف عن البرّ ، ولما أمكن البرّ فى الأولى لتصور مس السماء انعقدت فى حق الخلف ، ولما لم يتصور فى الثانية لم تنعقد ، فرأينا الخلف يعتمد قيامه إمكان الأصل ، وتارة بأن الحكم هو المقصود باللفظ فاعتبار الخلفية بين اللفظين من جهة ماهو المقصود أولى من غيره . وأجيب عن الأول بأن توقفه على فهم الموضوع له على أنه غير مراد لينتقل عنه إلى اللازم المراد ، وفهمه لا يستلزم إمكان تحققه فى الخارج . ونجيب عن الثانى أن تلك الخلفية بين حكمين شرعيين ، ومعنى خلفية حكم شرعى لآخر هو كونه إنما يتعلق شرعا بتقدير تعذر

حتى وجب على العاقلة فى سنتين) بلفظ التثنية كذا فى النهاية ، وذلك المال الذى هو مسبب عن القطع لا يمكن إثباته بدون القطع ، فما هو مسبب لا يمكن إثباته ، وما يمكن إثباته ليس بمسبب . وحاصله أن هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغو ، أما الحقيقة فظاهرة ، وأما المجاز فلأن قطع اليد خطأ ملزوم للأرش الذى هو ملزوم للقطع واللازم وهو القطع منتف فالملزوم وهو الأرش كذلك . وقوله (أما الحرية لا تختلف) معناه الحرية التى جعلنا قوله هذا ابنى وهى الحرية من حين ملك مجازا عنها لا تختلف ذاتا وهو زوال الرق ولا حكما وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات كلها (فأمكن جعله) أى جعل قوله هذا ابنى (مجازا عنه) أى عن الحرية على تأويل العتق

ولو قال هذا أبى أو أمى ومثله لايولد لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ، ولو قال لصبىّ صغير هذا جدى قيل هو على الخلاف . وقيل لايعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لاموجب له فى الملك إلا بواسطة وهو الأب وهى غير ثابتة فى كلامه فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب . بخلاف الأبوة والبنوّة لأن لهما موجبا فى الملك من غير واسطة ،

امتثال الأول ، وهذا فرع تعلق الأول ، وتعلق الخطاب دائر مع الإمكان الذاتى كالكفارة فى الحلف على المس والتيمم للوضوء ، فلا يتصور شرعا خلف استحال أصله لأنه لاتعلق إذ ذاك ، ولم تجب فى مسئلة الكوز لعدم تعلق وجوب البر . وحينئذ ظهر أنه لاملازمة بين لزوم إمكان محل حكم شرعى لتعلق الحكم بخلفه ، ولزوم إمكان معنى وضع له لفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ مجازا ، وظهر مما ذكرنا أن حكم اليمين الأصلى هو وجوب البرّ لا البرّ نفسه . والجواب عن الثالث أن هذا تصرف باللفظ بأن يستعمل مرة فيما وضع له وأخرى فيما لم يوضع ، ولم يعلم من جهة أهل اللسان أنهم اشترطوا لذلك سوى وجود مشترك يجوّز التجوز وهو لايحتاج شيئا سوى إلى إدراك الحقيقى ، ثم الحاجة إلى إدراكه ليس لنفسه بل لتستعلم العلاقة فإنه مالم يتصور لم تعلم العلاقة فكانت الحاجة إلى مجرد فهمه أيضا غير مقصود بالذات ، فاشتراط إمكان وجود المعنى الحقيقى فى الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه فإنه يستلزم أن لايجوز زيد أسد فإنه وزان هذا ابنى للأكبر منه ، فإن معنى المركب الحقيقى مستحيل لاستحالة كون الإنسان أسدا ، والاتفاق على جوازه بل وعلى بلاغته . وما فرق به من أن هذا مستعار بجملته . بخلاف هذا أسد لأن المجاز فى نسبته دون الألفاظ ممنوع . وإذا ثبت انتفاء هذا الشرط فإذا تكلم بكلام وتعذر الحقيقى له وللكلام طريق يتجوز به فيه تعين نوى أو لم ينو إذ لامزاحم كى لايلغى كلام العاقل وما نحن فيه كذلك ، فإنه يكون مجازا فى معنى عتق علىّ من حين ملكته استعمالا لاسم الملزوم فى لازمه ، ثم إن كان هذا دخل فى الوجود عتق ديانة قضاء وإلا فقضاء ، ولا تصير أمه بذلك أم ولد له ، بخلاف أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق لأنه لاطريق فيه إلى المجاز فلغا ضرورة . وقوله وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره الخ جواب عن مقيس آخرلهما ، وهو إذا كان قال لآخر قطعت يدك خطأ فأخرجهما صحيحتين فإنه يلغو هذا الكلام بالاتفاق ، ولم يجعل مجازا عن الإقرار بالمال لعدم إمكان معناه الحقيقى . فأجاب بأن لغوه ليس لتعذر الحقيقى بل لتعذر كل منه ومن المجازى لأن المال الذى انقطع سببه مال مخصوص وهو الأرش الواجب على العاقلة فى سنتين ولا يمكن إثباته إلا عن حقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ تجوزا بالسبب عن المسبب . والذى يمكن إثباته وهو مطلق المال ليس القطع سببا له فامتنع إيجاب المال مطلقا فلغا ضرورة ، بخلاف مانحن فيه لأن الحرية لاتختلف ذاتها حاصلة عن لفظ حرّ أو لفظ ابنى ، فأمكن المجازى حين تعذر الحقيقى فوجب صونه عن اللغو . وقوله (ولو قال هذا أبى الخ) جواب عما قيل

أو المذكور (ولو قال هذا أبى أو أمى ومثله لايولد لمثلهما فهو على الخلاف) وهو الأظهر . وقوله (لما بينا) يعنى من الوجه فى الجانبين فى قوله هذا ابنى (ولو قال لصبىّ صغير هذا جدى قيل هو على الخلاف) والوجه ماتقدم (وقيل لايعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لاموجب له فى الملك (من بنوّة أو حرية) إلا بواسطة وهو الأب وهى غير ثابتة فى كلامه (فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب) وهذا يشير إلى أن الواسطة لو كانت مذكورة مثل أن يقول هذا جدى أبو أبى عتق وقد ذكره بعض الشارحين (بخلاف الأبوّة والبنوّة لأن لهما موجبا فى الملك بلا واسطة

ولو قال هذا أخي لايعتق في ظاهر الرواية ، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتق . ووجه الروايتين مابيناه . ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف ، وقيل هو بالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم

إنه يلغو فقال بل هو على الخلاف أيضا ، فعند أبي حنيفة يعتق . وأما لو قال لعبده الصغير هذا جدي فأجاب عنه أوّلا بأنه على الخلاف ، وقيل هو الأصح لأنه وصفه بصفة من يعتق بملكه . وثانيا بالفرق . وأنه لايعتق اتفاقا . وهو أن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة الأب ولا وجود له في اللفظ (قوله ولو قال هذا أخي) أي لعبده (لايعتق في ظاهر الرواية) وعن أبي حنيفة يعتق وهي رواية الحسن . وجه الروايتين مابيناه ، فحوالة وجه رواية الحسن على قوله إن البنوة سبب الحرية في المملوك ، ويعرف منه وجه هذه وهو أن الأخوة سبب لعتق المملوك ، وحوالة الظاهر على قوله في هذا جدّي ، وقيل لايعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لاموجب له في الملك إلى آخر ماذكر . ونظيره هنا أن هذا الكلام لاموجب له في الملك إلا بواسطة الأب أو الأم ، ولا ذكر لما به يفيد الحكم في التركيب فلا يفيد حكما ، ولأن الأخوة تقال لما بالنسب والرضاع والدين فلا يتعين النسب إلا بدليل ، حتى لو قال من أبي أو من أمي أو من النسب عتق إذا عرف هذا فلا شك في صحة الأصل المذكور ، لكن تخريج الفرع عليه قد يرد عليه منع التعيين لثبوت استعماله كثيرا في معنى الشفقة فيجب المصير إليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازيين أو يتعين هذا لأنه أيسر كما قررناه في ياسيدي يامالكي لما تعذر الحقيقي لم يعتق عليه في القضاء إلا بالنية . فإن أجيب بأن اعتبار الفائدة الشرعية أولى وهي المتعينة هنا ورد عليهم هذا أخي فإنه لايعتق به . ودفعه بأنه مشترك بين المشارك في النسب والدين والقبيلة ، وحكم المشترك التوقف إلى القرينة ، حتى لو قال من أبي ونحوه عتق ، وبأن العتق بعلة الولاد ولا ذكر له في اللفظ ليكون مجازا عن لازمه فامتنع لعدم طريقه ، يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات ؛ ولو دار بينهما كان المجاز أولى وأن علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لاخصوص الولاد ولذا يعتق في هذا خالي وعمي وهي بلاخلاف بين أصحابنا ذكره في البدائع . وفرق بينه وبين هذا أخي بأنه يحتمل الإكرام والنسب ، بخلاف العم فإنه لايستعمل للإكرام عادة ، وهذا يقوى ماأوردناه في هذا ابني فلا يخلص إلا بترجيح رواية العتق في هذا أخي وهي مانقلها المصنف (قوله ولو قال لعبده هذا بنتي) وكذا

(ولو قال هذا أخي لايعتق في ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق ، ووجه الروايتين مابينا) أما وجه رواية العتق فما ذكره بقوله وهذا لأن البنوة في المملوك سبب الحرية الخ ، فكذلك ههنا الأخوّة في الملك توجب العتق ، وأما وجه رواية عدم العتق فلقوله في مسئلة الجد لأن هذا الكلام لاموجب له في الملك إلا بواسطة . وكذلك ههنا الأخوة لاتكون إلا بواسطة الأب أو الأم لأنها عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم وهذه الواسطة غير مذكورة ، ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة . قال في المبسوط : إن اختلاف الروايتين في الأخ إنما كان إذا ذكره مطلقا بأن قال هذا أخي ، فأما إذا ذكره مقيدا وقال هذا أخي لأبي أو لأمي فيعتق من غير تردد لما أن مطلق الأخوة مشترك قد يراد بها الأخوة في الدين ، قال الله تعالى ـ إنما المؤمنون إخوة ـ وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة ، قال الله تعالى ـ وإلى عاد أخاهم هودا ـ وقد يراد بها الأخوة في النسب ، والمشترك لايكون حجة . فإن قيل : البنوة أيضا تختلف بين نسب ورضاع فكيف يثبت العتق بإطلاق قوله هذا ابني ؟ أجيب بأن البنوّة من الرضاع مجاز ، والمجاز لايعارض الحقيقة (ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل هو على الخلاف . وقيل هو) أي عدم العتق (بالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى) لأن الذكور والإناث من بني آدم جنسان

(قوله أجيب بأن البنوة الخ) أقول : فيه أن الأخوة حقيقة في المجاورة في صلب أو رحم على ماصرحوا مجاز في غيرها .

بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه فى النكاح (وإن قال لأمته أنت طالق أو بائن أو تخمرى ونوى به العتق لم تعتق) وقال الشافعى رحمه الله : تعتق إذا نوى ، وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم رحمهم الله . له أنه نوى مايحتمله لفظه لأن بين الملكين موافقة إذ كل واحد منهما ملك العين ، أما ملك اليمين فظاهر ، وكذلك ملك النكاح فى حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلا له وعمل اللفظين فى إسقاط ماهو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط ، أما الأحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ، ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه .

إذا قال لأمته هذا ابنى لايعتق وإن كان يولد مثله لمثله ، لأن الأول مجاز عن عتق فى المذكر لأنه لجهة البنتية حقيقة . والثانى عنه فى الأنثى فانتفى حقيقته لانتفاء محل ينزل فيه ، ولا يتجوز بلفظ الابن فى البنت وقلبه اتفاقا لعدم لازم مشهور وغيره ، ولئلا يلزم تعميم اللفظ فى معنيين مجازيين أحدهما من حيث هو والآخر من حيث هو مضاف ، وقد ذكرنا فيما كتبناه على البديع أن الاتفاق على منعه اللهم إلا أن يعتبر المجاز عقليا فى نفس إضافة البنت . وكل من لفظ الإشارة والبنت والياء حقيقة ، فالتجوز فى نسبة المراد بالإشارة بالبنتية إلى مسمى الياء عن نسبته إليه بالعتق فيتعين الأول ، وما ذكره المصنف بيان تعذر عتقها بطريق آخر وهو أنه إذا اجتمعت الإشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار ، تعلق بالمشار . وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى وبين هذا الأصل فى باب المهر وهو الذى أراده بقوله حققناه فى النكاح . والمشار إليه هنا مع المسمى جنسان لأن الذكر والأنثى فى الإنسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم أن يتعلق الحكم بالمسمى : أعنى مسمى بنت وهو معدوم هنا لأن الثابت ذكر (قوله وكذا على هذا الخلاف جميع ألفاظ الصريح) كأنت مطلقة والطلاق والكناية ؛ كما لو قال لأمته أنت على حرام أو بائن أو بتلة أو بتة أو بنت منى أو خلية أو برية وحبلك على غاربك واخرجى وقومى واذهبى واغربى واختارى فاختارت نفسها وتقنعى ، أو قال ذلك لعبده ، أو قال له طلقتك لايعتق فى ذلك كله وإن نوى ، بخلاف ماتقدم من قوله أطلقتك ونوى حيث يعتق بالاتفاق . وقال الشافعى : يعتق فى ذلك كله إذا نوى . وعن أحمد روايتان : إحداهما كقولنا ، والأخرى كقوله (قوله لأن بين الملكين) أى ملك الرقبة وملك النكاح (موافقة) (قوله إذ كل منهما الخ) حاصله أنه إثبات للمشابهة بين الملكين : أعنى ملك الرقبة وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما ، أما الأول فإن النكاح فى حكم ملك العين شرعا لاملك المنفعة لترتب لازم ملك العين شرعا عليه وهو اشتراط التأبيد .

مختلفان ، وإذا لم يكن المشار إليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى لما تقدم فى كتاب النكاح ، والمسمى ههنا معدوم فلا يكون معتبرا حقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما . (قوله وإن قال لأمته أنت طالق أو بائن) ظاهر إلى قوله وعمل اللفظين وهو جواب عما يقال الإعتاق إثبات القوّة ولهذا تثبت به الأحكام مثل الأهلية والولاية والشهادة فأنى يشبه الطلاق الذى هو إسقاط محض . وتقرير الجواب الإعتاق أيضا إسقاط بدليل صحة التعليق فيهما ، وأما الأحكام فليست بواردة لأنها ثابتة بسبب سابق وهو كونه آدميا مكلفا غير أن الإعتاق إزالة المانع فاستوى الإعتاق والطلاق . وقوله (ولهذا) أى ولكون العتق محتمل لفظه (يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه) لأن مبنى المجاز على المناسبة والشىء لايناسب شيئا إلا الشىء الآخر يناسبه ، وإنما قال على ما قاله مشايخهم لأن المنصوص عن الشافعى لفظة الطلاق فحسب وأصحابه قاسوا عليها سائر ألفاظ الصريح والكناية

ولنا أنه نوى مالا يحتمله لفظه لأن الإعتاق لغة إثبات القوة والطلاق رفع القيد، وهذا لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعتاق يحيا فيقدر ، ولا كذلك المنكوحة فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء أن الأول أقوى ، ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لاعما هو فوقه ، فلهذا امتنع فى المتنازع فيه وانساغ فى عكسه

له كما فى البيع وانتفاء لازم ملك المنفعة عنه وهو التوقيت حتى إنه يبطل به ، إذ هو لازم لملك المنفعة : أعنى الإجارة ، ويستفاد بكل منهما ملك الوطء بخلاف الإجارة . وأما الثانى فإن كلا من التصرفين إسقاط للملك ، ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيه ، وأما الأحكام التى هى ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتملك الأموال وهى معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثبت لها ، بل تثبت بسبب سابق على العتق وهو كون العبد آدميا مكلفا ، فإن هذه خصائص الآدمية ، فالآدمية مع التكليف هى السبب ، وإنما امتنعت بمانع الرق ، وبالعتق يزول المانع فيظهر أثر المقتضى كالزوجة فى حق الخروج ، والتزوج امتنع بمانع الزوجية حفظا للنسب ولا يسلب أهليتها عنه ، ثم بالفرقة يزول المانع لها عنه ، ولهذا يصح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب أن يصح الطلاق كناية عن العتق لأن صحة الأول للمناسبة وهى مشتركة لأنها نسبة بين الطرفين فإذا ناسب الشيء غيره ناسبه الآخر (قوله ولنا أنه نوى مالا يحتمله لفظه) أى ما لايسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من غير لفظ مستعمل فى المعنى جائز الاستعمال فيه لايوجب شرعا ثبوت ذلك المسمى الشرعى ، كما لو قال

(ولنا أنه نوى مالا يحتمله كلامه) لأنه لامناسبة بينهما تجوّز الاستعارة لأن الإعتاق لغة إثبات القوة مأخوذ من قولهم عتق الطير : إذا قوى وطار عن وكره : وفى الشرع أيضا كذلك لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعتاق يحيا فيقدر . والطلاق فى اللغة رفع القيد مأخوذ من قولهم أطلقت البعير عن القيد إذا حللته وهو عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق لا إثبات قوّة الانطلاق ، وكذلك فى الشرع لأن المنكوحة لم تزل مالكيته فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوّة وليس بين إثبات القوّة الشرعية فى محل لم يكن وبين رفع المانع لتعمل القوة الثابتة فى محلها مناسبة . ولاخفاء أن الأوّل أقوى والأدنى لايصلح أن يكون مستعارا للأعلى على ماذكر ، ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح لأن ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة إذا صادف الجوارى الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن ، وأما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين أصلا ، وكل ماكان هو أقوى فإسقاطه أقوى فملك اليمين إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما دون حقيقته لاعما هو فوقه ، وهذا لأن مثل هذا المجاز إنما يكون فيما إذا وجدت وصفا مشتركا بين ملزومين مختلفين فى الحقيقة هو فى أحدهما أقوى منه فى الآخر . وأنت ترى إلحاق الأضعف بالأقوى على وجه التسوية بينهما فتدعى أن ملزوم الأضعف من جنس ملزوم الأقوى وتطلق عليه اسم الأقوى كما إذا كان عندك شجاع وأنت تريد أن تلحق جرأته وقوته بجرأة الأسد وقوته فتدعى الأسدية له بإطلاق اسم الأسد عليه ، وهذا كما ترى إنما يكون بإطلاق اسم القوى على الضعيف دون العكس . وإذا ظهر هذا بعد العلم بأن إزالة ملك اليمين أقوى ظهر لك جواز استعارة ألفاظ العتاق للطلاق دون عكسه . والفرق بين النكتتين المذكورتين فى الكتاب أن فى الأولى منع المناسبة وإظهار السند بأن الإعتاق إثبات والطلاق

(قوله والفرق بين النكتتين المذكورتين فى الكتاب أن فى الأولى منع المناسبة وإظهار السند بأن الإعتاق إثبات) أقول : بعد ماتبين بالدليل

. . . .

اسقنى ينوى به العتق أو الطلاق لايقعان . وإنما قلنا إنه لايسوغ استعماله فيه لأن مسوغ استعمال اللفظ فى المعنى إما وضعه له أو التجوز به فيه ، والأول منتف . وكذا الثانى لأن التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع واضع اللغة أنواعها ، وهذا ما يقال إن نوع العلاقة موضوع ووضع نفس اللفظ للمعانى المجازية وضعا عاما ، وهذا ما يقال المجاز موضوع وضعا نوعيا ، وحقيقة الحاصل معنى قوله كل لفظ وجد بين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبرته فلمتكلم أن يطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنه بأن يثبت عنه أنه استعمل اللفظ باعتبار جزئى من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك النوع لتحققه فى ذلك الجزئى أو نقل اعتباره . والثابت عنه فى علاقة المشابهة أن يكون فى وصف خارج ظاهر فى المتجوز عنه ثبوته فيه أقوى منه فى المتجوز به فيصير المتجوز به مشبها والمتجوز عنه مشبها به ، وقولهم يشترط كونه وصفا مختصا مرادهم كونه ظاهرا فى المشبه به المتجوز عنه لاحقيقة الاختصاص وإلا لم يكن مشتركا فلا يتجوز باعتباره إلى ماليس هو فيه ، فللأول لايجوز التجوز بأسد للأبخر والمحموم مع أنهما وصفان ملازمان للأسد لعدم ظهورهما وشهرتهما ، وللثانى وجب أن لايكون المعنى المشترك فى محل المجاز أكثر منه فى محل الحقيقة . إذا عرف هذا فنقول: الإعتاق إنما هو إثبات تلك القوة التى فصلنا فروعها للعلم بعدم ملك تلك الأمور قبله . والأصل فى إضافة عدم الشيء أن يكون إلى عدم المقتضى لا إلى قيام المانع لأن عدمه هو الأصل فى عدم الحكم . لأن الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضى ، ولو سلم فالأصل عدم المقتضى فيبقى على العدم مالم يثبت وجوده ولم يثبت ، ودعواه أنه الآدمية مع التكليف ممنوعة بل مجرد ذلك لايقتضى ملكا ، أما عقلا فظاهر ، وشرعا لم يثبت بل إنما يثبت شرعا دوران ذلك الملك مع الحرية فلتكن هى السبب الشرعى ، والطلاق لإزالة قيد النكاح فيعمل ملكها القائم عمله حتى يجوز الخروج والتزوج ، وهذا لأن ملكها متحقق الثبوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها ولم يمتنع منها سوى ماقلنا لحفظ النسب ، ولا مناسبة بين إزالة المانع فى محل ليعمل الملك القائم عمله وبين إثبات الملك الزائل لمحل لعلاقة تجوز التجوز ، وهى أن تكون مختصة بالمتجوز عنه : أى ظاهرة مشهورة ثبوتها فيه أقوى منه فى محل المجاز المشبه بل هو هنا عكس هذا ، فإن الإسقاط المشترك ثبوته فى العتق أكثر وأوفر منه فى الطلاق ، والتجوز بلفظ الطلاق يقتضى كون الطلاق هو الأكثر إسقاطا وأشهر به فلذا جاز التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لوقوعه على وفق الشرط المذكور وامتنع عكسه ، ولأن العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سبب زوال ملك الرقبة فهو فيه لفظ السبب فى المسبب ، بخلاف قلبه فإنه المسبب فى السبب وهو ممنوع إلا إن اختص وإلا وجد المسبب دون السبب المعين فلا تلازم فلا علاقة ، وما قيل ليس سببا أيضا بدليل أن الأمة لو كانت متزوجة فأعتقها لا يوجب زوال ملك المتعة إنما هو بناء على اعتقاد أن المراد بالسبب العلة وهو منتف ، ولو سلم فالعلة إنما تؤثر عند كون الحكم معدوما قبلها ؛ ألا يرى أن البول بعد الريح لايوجب حدثا ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث ، وعلى من يلتزم أنه يوجب حدثا آخر يمكن أن يقال : أوجب العتق حرمة أخرى للمتعة ، فمن هذا قيل الكنايات منها مايقع العتق به بلا نية كقوله تصدقت عليك بنفسك

رفع فأنى يتناسبان ، وفى الثانى تسليم أن كلا منهما إسقاط لكن الإعتاق أقوى وهو ينافى الاستعارة .

الذى نعله من الشافعية أن الإعتاق إسقاط لاوجه لهذا المنع والسند ثم يضيع التعرض على هذا الكون الأول أقوى .

(وإذا قال لعبده أنت مثل الحر لم يعتق) لأن المثل يستعمل للمشاركة فى بعض المعانى عرفا فوقع الشك فى الحرية (ولو قال ما أنت إلا حرّ عتق) لأن الاستثناء من النفى إثبات على وجه التأكيد كما فى كلمة الشهادة (ولو قال رأسك رأس حر لايعتق) لأنه تشبيه بحذف حرفه (ولو قال رأسك رأس حر عتق) لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن .

(فصل)

أو ملكتكها أو وهبت نفسك منك أو أوصيت لك بنفسك أو بعت نفسك منك . فهذه كنايات لاتحتاج إلى النية لأن الاحتياج إليها إذا كانت تحتمل معانى وهذه لاتحتمل غير العتق فاستغنت عنها . ومنها مايقع بالنية كما تقدم . ومنها مالا يقع وإن نوى كلفظ الطلاق وكناياته . والتحقيق فى مثل الأول أن يقال إنه ملحق بالصريح كما فى مولاى من حيث إن ماسوى العتق انتفت إرادته فتعين فألحق بالصريح ، والانتفاء المعنى المزاحم هنا بسبب تعذر حقيقة الملك للعبد فتعين المعنى المجازى . وهذا بناء على أن الصريح يخص الوضعى وإلا فيجعلان صريحا ، وبه قال جماعة وهو الحق وقد اخترناه فى كتبنا (قوله ولو قال ما أنت إلا حرّ عتق) لأن الاستثناء من النفى إثبات على وجه التأكيد : هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ فى الأصول ، وقد بيناه فى الأصول وأنه لاينافى قولهم الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا ، وأما كونه إثباتا مؤكدا فلوروده بعد النفى بخلاف الإثبات المجرد (قوله ولو قال رأسك رأس حر لايعتق لأنه تشبيه بحذف حرفه ، ولو قال رأس حر عتق لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميعه) وهذا يقتضى أنه لاينوى كما لو قال رأسك حر فإنه لايحتاج إلى النية ، لكن المسئلة منقولة فى نوادر ابن سماعة لو قال رأسك حرّ عتق إذانواه . وفى نوادر هشام قال أبو يوسف : لو خاط مملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حر لايعتق . وفى الهارونى : لو رآها تمشى فقال هذه مشية حرّ أو تتكلم فقال هذا كلام حرّ لم تعتق . إلا أن يقول أردت العتق وهذا قول أبى يوسف. وقال الحسن بن زياد من قول نفسه : يعتق فى القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى . وفى نوادر ابن سماعة عن محمد قال : حسبك حرّ أو أصلك حرّ وعلم أنه من سبى لايعتق لأنه صادق ، وكذا لو قال أبواك حرّان . وفى نوادر المعلى قال أبو يوسف : لو قال فرجك حر من الجماع فهى حرة فى القضاء ، ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولا تعتق . وفى نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال استك حر كان حرا ، وكذا ذكرك حر وتقدم .

(فصـــل)

وقوله (وإذا قال لعبده أنت مثل الحرّ) إطلاقه يشير إلى أنه نوى العتق أو لم ينو لم يعتق . وذكر فى المبسوط لم يعتق إلا بالنية ، وفى تعليله إشارة إلى ذلك لأنه قال لأن المثل يستعمل للمشاركة فى بعض المعانى عرفا فوقع الشك فى الحرية ، ولا شك أنه إذا نوى الحرية زال الشك . وقوله (عرفا) يجوز أن يراد به العرف العام ، فإن العامة يستعملونه للمشاركة فى بعض الأوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلا إلا إذا كان عمرو مشهورا بصفة كعلم أو خط أو جود أو غيرها ، ويجوز أن يراد به العرف الخاص فإن بعض أهل العلم يستعملونه فى الاتحاد بالحقيقة . وقوله (ولو قال ما أنت إلا حرّ الخ) ظاهر .

(فصـــل)

(فصل) ومن ملك ذا رحم محرم

(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر » واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا أو غيره ،

أعقب العتق الاختيارى بالاضطرارى (قوله وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه النسائى عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثورى عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم) « من ملك ذا رحم محرم عتق عليه » وضعفه البيهقى والنسائى بسبب أن ضمرة انفرد به عن سفيان وصححه عبد الحق ، وقال : ضمرة ثقة ، وإذا أسند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا إرسال من أرسله ولا وقف من وقفه ، وصوب ابن القطان كلامه ؛ وممن وثق ضمرة ابن معين وغيره وإن لم يحتج به فى الصحيح . وأما الحديث الثانى وهو قوله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر » فأخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حماد ابن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم . قال أبو داود وغيره : انفرد به عن الحسن عن سمرة ، قال : وقد شك فيه ، فإن موسى بن إسماعيل قال فى موضع آخر عن سمرة فيما يحسب حماد ، وقد رواه شعبة مرسلا عن الحسن عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وشعبة أحفظ من حماد انتهى . وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو أن رفع الثقة لا يضره إرسال غيره . ورواه الطحاوى من حديث الأسود عن عمر موقوفا ، وروى من حديث ابن عمر موقوفا وعائشة وعلىّ بأسانيد ضعيفة . وروى الطحاوى بإسناده إلى سفيان الثورى عن سلمة بن كهيل عن المستورد أن رجلا زوّج ابن أخيه مملوكته فولدت أولادا فأراد أن يسترق أولادها فأتى ابن أخيه عبدالله بن مسعود فقال : إن عمى زوّجنى وليدته وأنها ولدت لى أولادا فأراد أن يسترق ولدى ، فقال ابن مسعود : كذب ليس له ذلك . وفى المبسوط أن ابن عباس قال « جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه وسلم وقال : يارسول الله إنى دخلت السوق فوجدت أخى يباع فاشتريته ، وإنى أريد أن أعتقه ، فقال صلى الله عليه وسلم

لما ذكر العتق الحاصل بالإعتاق الاختيارى الذى هو الأصل ذكر فى هذا الفصل عامة مسائل العتق الذى يحصل بغير اختيار كإرث قريبه . وخروج عبد الحربى إلينا مسلما وولد الأمة من مولاها ، والرحم فى الأصل وعاء الولد فى بطن أمه ، ثم سميت القرابة ، وصلة من جهة الولاد رحما ، ومنه ذو الرحم والمحرم هو الذى لا يجوز النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ، وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم) رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضى الله عنهم وقال صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر » رواه الخمسة إلا النسائى ، واللفظ بعمومه يتناول كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا او غيره ، فإن قيل الضمير فى مثله يعود إلى من كما فى قوله صلى الله عليه وسلم « من دخل دار أبى سفيان فهو آمن » وأمثاله فلا يكون حجة . أجيب بأن وقوعه جزاء لقوله «من ملك» ينبو عن ذلك لئلا يلزم تحصيل الحاصل فإن تملكه يدل على حريته إذ المملوك لا يملك شيئا فقوله فهو حرّ لو عاد إليه كان تكرارا غير مفيد ، فإن قيل : صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » عطفه بالفاء التى للتعقيب فلا يعتق مالم يعتقه . أجيب بأنه دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التعارض ،

(قوله وولد الأمة من مولاها) أقول : فيه شىء ، فإن العتق بدعوة المولى كما لا يخفى (قوله والرحم فى الأصل وعاء الولد ، إلى قوله : ومنه ذو الرحم) أقول : فيه شىء (قوله أجيب بأنه دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح) أقول : المراد عدم صحة كونه دليلا لا نفى صحة الحديث

والشافعى رحمه الله يخالفنا فى غيره . له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لايقتضيه ، والأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الإلحاق أو الاستدلال به ، ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب فى غير الولاد ولم يمتنع فيه . ولنا ما روينا ، ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة فى المحرمية فيعتق عليه ؛ وهذا

« فإن الله قد أعتقه » (قوله والشافعى الخ) وبقولنا قال أحمد ، وذكر الخطابى فى معالم السنن أنه قول أكثر العلماء . وفى الغاية روى ذلك عن عمر وابن مسعود ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة ، وبه قال الحسن البصرى وجابر بن زيد وعطاء والشعبى والزهرى وحماد والحكم والثورى وابن شبرمة وأبو سلمة والحسن ابن حىّ والليث وعبد الله بن وهب وإسحاق والظاهرية . وقال مالك : يعتق فى قرابة الولادة والإخوة والأخوات لا غير . وفى المبسوط قال داود الظاهرى : إذا ملك قريبه لايعتق بدون الإعتاق لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم « لايجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » ولو عتق بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فائدة ، ولأن القرابة لاتمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه . ولنا قوله تعالى ـ وما ينبغى للرحمن أن يتخذ ولدا » . إن كل من فى السموات والأرض إلا آتى الرحمن عبدا . لقد أحصاهم وعدهم عدّا . وكلهم آتيه يوم القيامة فردا ـ ثبت به أن الابنية تنافى العبدية ؛ فإذا ثبتت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه ، والتعقيب حاصل إذ العتق يعقب الشراء وإنما أثبتنا له الملك ابتداء لأن العتق لايحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لأنه لافائدة فى إثباته لاستعقاب البينونة (قوله له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك) فى الولاد (ينفيه القياس) على غير القريب من العبيد وعلى سائر الأملاك إذ لاتخرج عن ملك مالكها من غير رضا واختيار (أو لايقتضيه) القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق فى الولاد بالنص والإجماع إلا من لايعتد بخلافه ، والأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الإلحاق : أى إلحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس والاستدلال : أى الإلحاق بطريق الدلالة لعدم الأولوية والمساواة ، بل يجب الإلحاق بغير المحارم من القرابات ؛ فالقرابات ثلاث ولاد وغيره مع المحرمية وعدمها كأبناء الأعمام والعمات وأبناء الأخوال والخالات . ويجب رد المتنازع فيه إلى ماهو أشبه به من قرابتى الولاد وغير المحارم ، وهو بالثانى أشبه حقيقة وحكما ، أما حقيقة فلأن قرابتهم قرابة مجاورة فى الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية ، وأما الثانى فلأنا رأينا أحكامهم متحدة بغير المحارم فى الشهادة والقود وحل الحليلة وامتناع التكاتب فكذا فى هذا الحكم (قوله ولنا ما روينا) فيضمحل معه جميع المعانى المعينة ، والقياس الصحيح بل دلالة النص تقريره (ملك قريبه قرابة مؤثرة فى المحرمية فيعتق عليه) كما فى الولاد (وهذا) أعنى كونه قرابة مؤثرة فى المحرمية

ومحمله أن مثله يستعمل فى حصول الثانى بالأول لا بسبب آخر كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه وضربه فأوجعه وأمثال له . قوله (والشافعى يخالفنا فى غيره) أى فى غير الولاد ؛ واستدل بأن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لايقتضيه ، وكل ما ينفيه القياس لايلحق به شىء آخر بالقياس ، وكل ما لايقتضيه لايدخل غيره فيه بالاستدلال : أى بدلالة النص إلا إذا كان الملحق فى معنى الملحق به من كل وجه ، وههنا ليس كذلك لأن قرابة الأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب فى غير الولاد ولا يمتنع فيه .

(قوله وكل ماينفيه القياس لايلحق به شىء آخر بالقياس) أقول : ولايبعد أن يعكس فيقال كل ماينفيه القياس لايلحق به بدلالة النص وكل مالا يقتضيه لايدخل غيره بالاستدلال : أى بالقياس .

هو المؤثر فى الأصل ، والولاد ملغى لأنها هى التى يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ،

(هو المؤثر فى الأصل) وهو قرابة الولاد : يعنى هوالذى تعلق به الحكم فيه والولاد ملغى ، ولو سلم فغاية ماصنع أنه أرانا عدم العلة فى الفرع وهو لايستلزم عدم الحكم فيه لجواز أن يعلل الأصل بأخرى متعدية إلى مالم يتعدّ إليه تلك وهى ماعيناه من القرابة المحرمية لأنها قد ظهر أثرها فى جنس هذا الحكم وهو دفع ملك النكاح الذى هو أدنى الذلتين ، فلأن يؤثر فى دفع أعلاهما وهو ملك الرقبة أولى ، وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذى لانزاع فى صحته والنص أيضا يدل على تعيينه وهو ما روينا فإنه يفيد تعليق الحكم بالقرابة المحرمية لما عرف ، وهذا يفيد إلغاء ماعينه ، وقول المصنف (حتى وجبت النفقة) إلزام بمختلف فيه لكنه لما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى ـ وعلى الوارث مثل

ولنا ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه » ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة فى المحرمية ، وكل من فعل ذلك عتق عليه ، أما أنه ملك ذلك فبالإجماع ، وأما أن كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس على الولاد لأن هذا المعنى وهو تملك القريب المحرّم هو العلة المؤثرة فى الولاد والولاد ملغى لأنها أى القرابة المؤثرة فى المحرمية هى التى يفترض وصلها ، ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح . أما حرمة النكاح فبالإجماع ، وأما وجوب النفقة فمذهبنا ، لكن لما أثبت ذلك من قبل بدليل قطعى وهو قوله تعالى ـ ـ وعلى الوارث مثل ذلك ـ كان ثابتا البتة فاستدل به . ولمشايخنا هنا نكتة وهو قوله هذه قرابة صينت عن أدنى الذلين وهو ذل النكاح فلأن تصان عن أعلاهما أولى . فإن ادعى أن ذل النكاح أعلى فتلك مكابرة تستدعى تفضيل الإماء على الحرائر وهو باطل قطعا ، وإجماعنا على أن الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فإن رافع الأعلى يرفع الأدنى لامحالة ، ولا فرق بين أن يكون المالك مسلما أو كافرا ، وكذلك المملوك لعموم العلة وهى القرابة المحرمة للنكاح . فإن قيل : هذه القرابة إن أوجبت العتق أوجبت باعتبار الصلة على ما أشار إليه المصنف بقوله هى التى يفترض وصلها وقرابة الأخوة لاتوجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لاتجب النفقة فلا توجب الإعتاق أيضا . أجيب بأن علة النفقة ليست القرابة المجردة فى الأخوة بل بصفة الوراثة لقوله تعالى ـ وعلى الوارث مثل ذلك ـ واختلاف الدين يمنع الإرث فكذا مايبنى عليه ، وإنما قال أو كافرا فى دار الإسلام لأن الحربى لو ملك فى دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق ، فإنه لو أعتقه لم ينفذ عتقه ، فكذا لايعتق عليه بالملك . فإن قيل : عدم إنفاذ العتق بالإعتاق لايستلزم عدم العتق بالملك فإن الصبى والمجنون إذا أعتقا لم ينفذ ، وأما إذا ملك ذا رحم محرم منه عتق . فالجواب أن الأصل أن مايقع من العتق بالملك يقع بالإعتاق أيضا لأن الوقوع بالملك إنما هو بإلزام الشرع لعدم التصرف منه ، وما لزم بإلزامه يلزم بالالتزام أيضا بالاستقراء ، إلا أنا تركنا هذا الأصل فى حق الصبى والمجنون بالمانع ، وهو أن الإعتاق تصرف ضارّ من كل وجه ، وهما ليسا من أهله لما عرف فى موضعه ، وكذا إذا أعتق المسلم عبدا حربيا فى دار الحرب لم يعتق عليه . قال فى النهاية : وبهذا يعلم أن قوله فى دار الإسلام فى الكتاب متعلق بمجموع ماذكر قبله من قوله ولافرق بين ما إذا كان المالك مسلما أو كافرا لاينحصر تعلقه

(قوله حتى وجبت النفقة وحرم النكاح الخ) أقول : يعنى علم تأثير تلك القرابة فى جنس هذا الحكم وهو حرمة النكاح (قوله فإن رافع الأعلى يرفع الأدنى الخ) أقول : محل تأمل . ويمكن جوابه بما مر من المصنف فى فصل : وعلى الرجل أن ينفق على أبويه فى تعليل قوله ولايجب على النصرانى نفقة أخيه المسلم .

ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلما أو كافرا فى دار الإسلام لعموم العلة . والمكاتب إذا اشترى أخاه ومن يجرى مجراه لايتكاتب عليه لأنه ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق والافتراض عند القدرة ، بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقا لمقصود العقد . وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يتكاتب على الأخ أيضا وهو قولهما فلنا أن نمنع ، وهذا بخلاف ما إذا ملك ابنة عمه وهى أخته من الرضاع لأن المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبى جعل أهلا لهذا العتق ، وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لأنه تعلق به حق العبد

ذلك ـ ألزم به غير معتبر خلافه وكأنه ثابت اتفاقا ، وقولهم إن الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة وليس فيه سوى الانفراد بالرفع ، وهو غير قادح لأن الراوى قد يصل وكثيرا مايرسل ، ومعلوم أنه إذا أرسل فلابد أن يكون عن واسطة ، وغاية الأمر أنه عين الواسطة مرة وترك أخرى ، ولوكان مرسلا كان من المرسل المقبول ، أما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك وأحمد فيقبل بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته . وأما على قول الشافعى فيقبل إذا عملت الصحابة على وفقه ، وأنت سمعت أن الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت عن غيرهم خلافهم ، فثبت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد فى هذا الحكم ، فإن شاركوا غير المحارم فى غيره فلا يعارضه اعتبارهم بهم فيه لأنه إلحاق بالأشبهية ولا أثر له ، ولو كان صحيحا عنده فالمعنى الذى ظهر أثره فى جنس الحكم أولى منه فكيف مع النص على نفس حكم الفرع (قوله والافتراض[1] عند القدرة) جواب عن اعتباره لعدم التكاتب فقال عليه العلة التى عينها الشرع افتراض الوصل ، والافتراض إنما يثبت عند القدرة ، وإنما هى قائمة بالحرّ والمكاتب عبد لايقدر على الإعتاق ، والكتابة نوع إعتاق فليس كتابة غير الولاد مما تنتظم كتابته ، بخلاف كتابة الولاد فإنه لكون الجزئية قائمة يدخل لأن الكتابة ترد على جميع أجزائه ، على أن عن أبى حنيفة أنه يتكاتب على الأخ وهو قولهما فلنا أن نمنع . والجواب عن الشهادة والزكاة أن عدم جوازهما فى قرابة الولاد باعتبار أنه تمليك من نفسه وشهادة لها من وجه ، وهذا المانع منتف فى غير الولاد (قوله ولافرق بين ما إذا كان المالك مسلما أو كافرا فى دار الإسلام) وكذا لافرق بين ما إذا كان العبد مسلما أو كافرا فى دار الإسلام لعموم العلة وهى

بقوله أو كافرا . وقوله (والمكاتب إذا اشترى أخاه) جواب عن قوله ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب فى غير الولاد . وتقريره : لانسلم أنه لايتكاتب عليه ، بل قد روى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه كان يتكاتب على الأخ أيضا . ولئن سلمنا فإنما لايتكاتب عليه لأن المكاتب ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق لأنه عبد مابقى عليه درهم ، وإنما ألحق بالملاك فيما هو المقصود من الكتابة ، ومن لاقدرة له على الإعتاق لايعتق عليه لأن فرض المسئلة عند القدرة . فإن قيل : لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد . أجاب بقوله بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة لأن عتق نفسه كما كان مقصودا بالكتابة لكونه يتغير بالرق فكذلك رق الوالد والولد ، فإذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقا لمقصود العقد ، وأما حرية الأخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه لحوقه برق ابنه أو أبيه . وقوله (وهذا بخلاف ما إذا ملك بنت عمه) جواب نقض إجمالى . تقريره : لو كان تملك

(قوله لأن المكاتب ليس له ملك تام الخ) أقول : فيه بحث ، فإن المكاتب أن يكاتب كما سيجىء فى كتاب المكاتب ، فلو صح هذا الكلام يلزم أن لايجوز فليتأمل .

---

(١) (قوله قوله والافتراض الخ) كذا فى عدة نسخ ، وهو مقدم عن محله اهـ ، مصححه .

فشابه النفقة (ومن أعتق عبدا لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق) لوجود ركن الإعتاق من أهله فى محله ووصف القربة فى اللفظ الأول زيادة فلا يختل العتق بعدمه فى اللفظين الآخرين (وعتق المكره والسكران واقع) لصدور الركن من الأهل فى المحل كما فى الطلاق وقد بيناه من قبل (وإن أضاف العتق إلى ملك أو شرط صح كما فى الطلاق) أما الإضافة إلى الملك ففيه خلاف الشافعى رحمه الله وقد بيناه فى كتاب الطلاق ، وأما التعليق بالشرط فلأنه إسقاط.

القرابة المحرمية وقيد بقوله فى دار الإسلام لأنه لا حكم لنا فى دار الحرب ، فلو ملك قريبه فى دار الحرب أو أعتق المسلم قريبه فى دار الحرب لا يعتق خلافا لأبى يوسف. وعلى هذا الخلاف إذا أعتق الحربى عبده فى دار الحرب ذكر الخلاف فى الإيضاح . وفى الكافى للحاكم عتق الحربى فى دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافا . أما إذا أعتقه وخلاه قال فى المختلف: يعتق عند أبى يوسف وولاؤه له وقال لا ولاء له ، لكن عتقه بالتخلية لا بالإعتاق فهو كالمراغم ثم قال: المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فأعتقه ثمة القياس أن لا يعتق بدون التخلية لأنه فى دار الحرب ولا تجرى عليه أحكام الإسلام . وفى الاستحسان : يعتق من غير تخلية لأنه لم تنقطع عنه أحكام المسلمين ، ولا ولاء له عندهما وهو القياس . وقال أبو يوسف : له الولاء وهو الاستحسان ، وذكر قول محمد مع أبى يوسف فى كتاب السير ، وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما فى الإيضاح أن يراد بالمسلم ثمة الذى نشأ فى دار الحرب ، وهنا نص على أنه داخل هناك بعد أن كان هنا فلذا لم تنقطع عنه أحكام الإسلام ، وهذا بخلاف استحقاق النفقة لأنها منوطة بعلة القرابة المورثة بالنص ، فلم تجب مع اختلاف الدين (قوله وعتق المكره والسكران واقع) فى المكره خلاف الأئمة الثلاثة ، والإكراه لا يزيل إلا الرضا والعتق لا يتوقف عليه ، ولذا جاز عتق الهازل . وفى السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم فى الطلاق (قوله أما الإضافة إلى الملك) كما يقول إن ملكتك أو ملكت عبدا ونحوه فهو حرّ (ففيه خلاف الشافعى) أى وحده ، فإن مالكا يوافقنا فيه وكذا عن أحمد . وفرق بينه وبين الطلاق إذ لم يجوز إضافته إلى الملك بخلاف العتق بأن العتق مندوب إليه بخلاف الطلاق . وعندنا

ذى الرحم المحرم علة لعتقه على من يملك لعتقت ابنة العم التى هى أخت من الرضاعة على ابن عمها إذا اشتراها وليس كذلك . وتقرير الجواب أن المراد بالمحرمية محرمية أثرت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لأن الرضاع هو المؤثر ، وذكر هذا الجواب إنما هو لزيادة الإيضاح لأنه كان معلوما من أصل دليله حيث قال : ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة فى المحرمية وهذه لم تكن كذلك ، والصبى جعل أهلا لهذا العتق وكذلك المجنون ، فإذا دخل قريبهما فى ملكهما بغير صنع منهما كالإرث والهبة عتق عليهما لأن العلة وهى تملك ذى الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فيعتق وكان كالنفقة . قال (ومن أعتق عبدا لوجه الله تعالى) ومن قال لعبده أنت حر لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق لوجود ركن الإعتاق من أهله مضافا إلى محله من غير مانع شرعى فيترتب الحكم عليه ، ووصف القربة وهو كونه لوجه الله تعالى فى الوجه الأول زيادة فلا يختل العتق بعدمه فى اللفظين الأخيرين يعنى الشيطان والصنم . وقوله (وعتق المكره) واضح وقد تقدم فى الطلاق (وإن أضاف العتق إلى ملك) بأن يقول لعبد الغير إن اشتريتك فأنت حرّ (صح كما فى الطلاق) وإن علق بشرط كقوله إن دخلت الدار فأنت حر فكذلك .

فيجرى فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف فى موضعه (وإذا خرج عبد الحربىّ إلينا مسلما عتق) **لقوله صلى الله عليه وسلم** فى عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين « هم عتقاء الله تعالى »

المصحح مطرد فيهما على ماعرف فلم يفترقا فى ذلك (قوله فيجرى فيه التعليق) لاخلاف فيه بيننا وبين الشافعى رحمه الله ، إنما الخلاف فى أنه هل يشترط للوقوع بقاء الملك من حين التعليق إلى وجود الشرط ؛ فعندنا زوال الملك فيما بين التعليق ووجود الشرط لايبطل اليمين وعنده يبطله ، والخلاف مبنى على انعقاد المعلق سببا فى الحال عنده ، وعندنا عند وجود الشرط (قوله وإذا خرج عبد الحربىّ إلينا مسلما عتق) سواء خرج سيده بعد ذلك مسلما أو لا . وقيد بالخروج لأنه لو أسلم ولم يخرج لم يعتق ، وبقولنا قالت الأئمة الثلاثة . وقال الأوزاعى : إذا خرج سيده مسلما يرد إليه . وعند الظاهرية : إذا أسلم عتق خرج أو لم يخرج . وأورد ابن حزم عليه أن سلمان أسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك . ثم أجاب بأنا لم نقل بهذا إلا لعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج إليه مسلما من عبيد أهل الطائف وهى بعد الخندق بدهر . وبدعوى نسخ تملك الكافر للمؤمن بقوله تعالى ـ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ـ ولا شك فى اتجاه الإيراد وهو مما يصلح دليلا لنا . وفى الجواب مالايخفى (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم فى عبيد الطائف) أخرج أبو داود فى الجهاد والترمذى فى المناقب عن علىّ رضى الله عنه واللفظ لأبى داود قال : خرج عبدان بكسر العين إلى النبى صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح ، فقال مواليهم : يامحمد والله ماخرجوا رغبة فى دينك وإنما خرجوا هربا من الرق . فقال ناس : صدقوا يارسول الله ردّهم إليهم ، فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : « ما أراكم تنتهون يامعشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا ، وأبى أن يردهم إليهم وقال : هم عتقاء الله سبحانه » قال الترمذى حديث حسن صحيح غريب لانعرفه إلا من هذا الوجه ، ورواه الحاكم وقال : صحيح على شرط مسلم . وذكر الواقدى فى غزوة الطائف من كتاب المغازى جماعة من العبيد خرجوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عدّهم واحدا واحدا أبو بكرة ووردان والمنبعث والأزرق ومحسن النبال وإبراهيم بن جابر ويسار ونافع ومرزوق ، كل هؤلاء أعتقهم صلى الله عليه وسلم ، فلما أسلمت ثقيف تكلموا فى هؤلاء أن يردّوا إلى الرق ، فقال صلى الله عليه وسلم « أولئك عتقاء الله لاسبيل إليهم » وأخرج عبد الرزاق : حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان ، حدثنا أبو عثمان النهدى عن أبى بكرة « أنه خرج إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر أهل الطائف بثلاثة وعشرين عبدا فأعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فهم الذين يقال لهم العتقاء » . وفى مراسيل أبى داود : « فلما أسلم مواليهم ردّ النبى صلى الله عليه وسلم الولاء إليهم » وفيه مجهول . وأخرجه البيهقى مرسلا وقال « ثم وفد أهل الطائف فأسلموا وقالوا : يارسول الله رد علينا رقيقنا الذين أتوك فقال : لا ، أولئك عتقاء الله وردّ إلى كل رجل ولاء عبده »

أما الإضافة ففيه خلاف الشافعى وقد تقدم بيانه ، وأما التعليق بالشرط فلأن الإعتاق إسقاط والإسقاط (يجرى فيه التعليق) بالاتفاق بخلاف التمليكات . والخلاف فيه بيننا وبين الشافعى بوجه آخر وهو أن زوال الملك عنده يبطل اليمين وعندنا لايبطله ، فإذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حرّ فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا خلافا له . وقد عرف فى الأصول (وإذا خرج عبد الحربى إلينا مسلما عتق لقوله صلى الله عليه وسلم فى عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين « هم عتقاء الله ») روى ابن عباس رضى الله عنهما : أن عبدين من الطائف خرجا فأسلما

ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء (وإن أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها) إذ هو متصل بها (ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها) لأنه لاوجه إلى إعتاقها مقصودا لعدم الإضافة إليها ولا إليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ، ثم إعتاق الحمل صحيح ولايصح بيعه وهبته لأن التسليم نفسه شرط فى الهبة والقدرة عليه فى البيع ولم يوجد ذلك بالإضافة إلى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط فى الإعتاق فافترقا (ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال إذ لاوجه إلى إلزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ، ولا إلى إلزامه الأم لأنه فى حق العتق نفس على حدة ، واشتراط بدل العتق على غير المعتق لايجوز

(قوله ابتداء) احتراز عن بقاء الرق فإنه يبقى بعد الإسلام بعد ثبوته بطريقه (قوله عتق حملها) بإجماع الأربعة ، ولو استثناه لايصح كاستثناء جزء منها خلافا لأحمد وإسحاق والنخعى والشعبى وعطاء وابن سيرين ، وقولهم مروى عن ابن عمر وأبى هريرة . وقال أبويوسف : إذا خرج أكثر الولد فأعتقت لايعتق هو لأنه كالمنفصل فى حق الأحكام حتى تنقضى به العدة . ولومات وهو فى هذه الحالة ورث . بخلاف ما إذا مات قبل خروج الأكثر (قوله ثم إعتاق الحمل صحيح) عند الجمهور خلافا للظاهرية فإنهم لايجوزون عتق الجنين دون أمه بعد نفخ الروح بل قباله وتعتق أمه تبعا له ، ولا يجوز بيع الأم إذا عتق ما فى بطنها ويجوز هبتها . والفرق أن استثناء ما فى بطنها عند بيعها لايجوز قصدا فكذا حكما بخلاف الهبة (قوله لما فيه[1] من قلب الموضوع)وأما استحقاق أم الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فبالنص على خلاف القياس ، وقد يقال هذا إنما يرد نقضا لوكان عتق أم الولد تبعا لعتق ابنها بالنص وهومنتف إذ هو فرع عتقه وهو فرع سابقية رقه . وليس كذلك لأنه يعلق حرا فلا يرد نقضا أصلا ليحتاج إلى الجواب بأنه خرج بالنص على خلاف القياس ، وسنذكر أنه إنما يعتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين أعتقه (قوله والقدرة عليه) أى على التسليم فلذا لم يجز بيع الآبق ويجوز عتقه

فأعتقهما النبى صلى الله عليه وسلم (ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولااسترقاق على المسلم ابتداء) وقيد بالابتداء لجوازه عليه بقاء لأنه فى البقاء من الأمور الحكمية دون الجزئية فيجوز بقاؤه كبقاء الأملاك بعد وجود أسبابها . وقوله (وإن أعتق حاملا) ظاهر . واعترض عليه بأنه لو لم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لايجوز بخلاف الهبة . وأجيب بأنه لما أعتق ما فى بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة الأم بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الأمة ، واستثناء الحمل فى الهبة شرط فاسد ، . والهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط على ماسيجىء . وقوله (واشتراط بدل العتق على غير المعتق لايجوز) قيل عليه سلمنا ذلك ، لكن ينبغى أن يتوقف العتق إلى أن يبلغ الحمل إلى حد يكون من أهل القبول . وهو أن يكون عاقلا يعقل العقد كما مر فى خلع الصغيرة حيث قال فيه : وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول بأن كانت عاقلة تعقل العقد . وأجيب بأن

(قوله فيجوز بقاؤه كبقاء الأملاك بعد وجود أسبابها) أقول : الكلام فى عتقهم بالخروج إلينا فكيف يلزم الاسترقاق ابتداء قبل ثبوت عتقهم فليتأمل (قوله واعترض عليه بأنه لو لم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لايجوز بخلاف الهبة) أقول : الأنسب لتمشية السؤال طرح قوله بخلاف الهبة (قال المصنف : ولو أعتق الحمل على مال صح) أقول : قال فى الكافى : ولو أعتق الحمل على مال بأن قال لأمته أعتقت مافى بطنك على ألف درهم عليك فقبلت اه وفيه بحث .

---

(١) (قوله قوله لما فيه الخ) مؤخر عن محله ، كتبه مصححه .

على مامر فى الخلع ، وإنما يعرف قيام الحبل وقت العتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منه ، لأنه أدنى مدة الحمل . قال (وولد الأمة من مولاها حر) لأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه ، هذا هو الأصل ، ولا معارض له فيه لأن ولد الأمة لمولاها (وولدها من زوجها مملوك لسيدها) لترجح جانب الأم باعتبار الحضانة

(قوله على مامر فى الخلع) الحوالة غير رائجة فإنه لم يذكره فى هذا الكتاب ، والفرق بين هذا والخلع حيث يجوز اشتراط بدله على أجنبى أن العتق على مال معاوضة فإنه يملك العبد به نفسه وتحدث لها القوة الشرعية وذلك أى شىء نفيس ، ولا يجوز اشتراط العوض إلا على من يسلم له المعوض كما فى البيع والإجارة ، بخلاف المرأة فإنها لاتحدث لها قوة به ولاتملك نفسها لأن ذلك كان ثابتا لها قبله على ماقدمناه فلا فرق بينها وبين الأجنبى ، فإذا جاز اشتراطه عليها جاز عليه ، وكذا لايصح بطريق الكفالة لأنه لايجب على الجنين فكيف يجب على الكفيل ؛ فلذا لو قال للأمة أعتقت ما فى بطنك على ألف عليك فقبلت فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منه عتق بلا شىء لأنه لايجب له على أمته شىء بسبب غيرها (قوله لأقل من ستة أشهر منه) أى من وقت العتق ، فلو جاءت به لستة أشهر فصاعدا منه لايعتق إلا أن يكون حملها توءمين جاءت بأولهما لأقل من ستة أشهر ثم جاءت بالثانى لستة أشهر أو أكثر ، أو تكون هذه الأمة معتدة عن طلاق أو وفاة فولدت لأقل من سنتين من وقت الفراق ، وإن كان لأكثر من ستة أشهر من وقت الإعتاق حينئذ فيعتق لأنه كان محكوما بوجوده حين أعتقه حتى ثبت نسبه ، وعلى هذا فرع مالو قال مافى بطنك حر ثم ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا ، إن ضربها بعد العتق لأقل من ستة أشهر تجب دية الجنين لأبيه إن كان له أب حر لأنه حر ، وإن لم يكن تكون لعصبة المولى لأن المولى قاتل فلا يستحق الإرث ، وإن ضرب لستة أشهر لاشىء عليه لأنه عبده كذا ذكر (قوله فيعتق عليه) التحقيق أنه يعلق حرا إلا أنه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يقتضيه

ذلك فى صريح الشرط ، وأما ههنا فالمسئلة مذكورة بكلمة على وكان ذكر المال ههنا وصفا للإعتاق ، ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما فى طلاق الصغيرة ، وفيه نظر لأنه يقتضى أنه إن ذكر بكلمة الشرط توقف ، ولابد فيه من رواية ، واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لأنه قال فيه : وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول ، فالتوقف فيه مشروط بكونها من أهل القبول والحمل ليس منه . والأولى أن يقال : لما علم المعتق عدم كون الحمل أهلا للخطاب وقبول الشرط وأقدم على العتق كان قاصدا للإعتاق بلا مال أو يحمل حاله على ذلك صونا لكلامه عن الإلغاء . وقوله (على مامر فى الخلع) قال فى النهاية : هذه حوالة غير رائجة ، ويحتمل أن يكون مراده مسئلة الخلع فى الجامع الصغير ، فإن فى شروحه فرق بين الخلع والإعتاق لجواز وجوب بدل الخلع على الأجنبى دون الإعتاق لما ذكرنا فى الخلع أن الأجنبى فى معنى المرأة فى عدم حصول شىء لهما بمقابلة المال ، فكما جاز عليها جاز على الأجنبى ، والإعتاق يثبت القوة الحكمية التى لم تكن للعبد قبله ، وكان فى مقابلة شىء يحصل له ، والأجنبى ليس فى معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع على غير المشترى . وقوله (وإنما يعرف قيام الحبل) واضح لأن التيقن بوجود الحمل فى البطن إنما يحصل بذلك . وقوله (منه) أى من وقت العتق . قال (وولد الأمة من مولاها حر لأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الأصل) يعنى أن الأصل أن يخلق الولد من ماء صاحب الماء (ولا معارض له فيه)

(قال المصنف : فيعتق عليه) أقول قال ابن الهمام : الولد يعلق حرا فإنه يجب القطع بأن إبراهيم بن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن قط إلا حرا لاأنه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يعطيه ظاهر العبارة . وفى المبسوط : الولد يعلق حرا من الماءين اه . ولو أجريت العبارة على ظاهرها لم يتفرع على ماسبق كما لايخفى (قال المصنف : هذا هو الأصل) أقول : أى كون الولد مخلوقا من ماء الوالد بأن يكون له دخل فيه هو الكثير الغالب وإن كان يقع خلافه قليلا كعيسى وآدم عليهما السلام فلا يرد أنه كيف يكون هذا هو الأصل مع ترجيح جانب الأم فليتأمل .

أو لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضى به ، بخلاف ولد المغرور لأن الوالد ما رضى به **(وولد الحرة حرّ على كل حال)** لأن جانبها راجح فيتبعها فى وصف الحرية كما يتبعها فى المملوكية والمرقوقية

ظاهر العبارة فإنه يجب القطع بأن إبراهيم بن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن قط إلا حرا . وفى المبسوط : الولد يعلق حرا من الماءين لأن ماءه حر وماء جاريته مملوك لسيدها فلا تتحقق المعارضة ، بخلاف ابنه من جارية الغير فإن ماءها مملوك لغيره فتتحقق المعارضة فيترجح جانبها بأنه مخلوق من مائها بيقين ، بخلاف الرجل ، ولذا لا ينتفى عنها بحال وقد ينتفى عن الأب ، ويثبت النسب منها بالزنا وبعد الملاعنة حتى يتوارثان دون الأب فكان ماؤها أولى بالاعتبار عند التعارض ، أو لاستهلاك مائه بمائها لأنه فى موضعه ويزداد قوة منها لأمته ، أو ترجح بالحضانة والتربية أو لأنه قبل الانفصال كعضو منها حتى قد يقرض بالمقراض ويعتق بعتقها ويستثنى من بيعها والزوج قد رضى برق الولد حيث أقدم على تزوجها مع العلم برقها وفى هذا إجماع ، حتى لو كان الزوج هاشميا كان ولده هاشميا مرقوقا ، بخلاف المغرور فإنه لم يرض به لعدم علمه فلذا قلنا يعلق حرا فى حقه فتجب قيمته (قوله كما يتبعها فى المملوكية والمرقوقية

أى فى الولد لأن ماء الأمة لا يعارض ماءه لأن ماءها مملوك له فيكون الماءان له ، بخلاف أمة الغير لأن ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة ، وولدها من زوجها مملوك لسيدها لتعارض الماءين . ويرجح جانب الأم بأمور : منها الحضانة ، وفيه نظر لأن حق الحضانة إنما يثبت بعد الولادة فلا يجوز أن يكون مرجحا لما هو قبلها . ومنها استهلاك مائه بمائها لكون مائها فى موضعه . ومنها تيقن كونه مخلوقا من مائها بخلاف ماء الزوج وكان الفراش من جانبها حقيقة وحكما ومن جانبه حكما فقط والأول أرجح لامحالة . ومنها أن الولد مادام جنينا فهو بمنزلة عضو من أعضائها كيدها ورجلها إلى أن ينفصل حسا وشرعا ، أما حسا فإنه يتنفس بنفسها وينتقل بانتقالها حتى يقرض بالمقراض عند انفصاله منها ، وأما شرعا فلأنه يعتق بعتقها وفيه نظر لأن الكلام فى إثباته فلا يستدل به عليه . وقوله (والمنافاة متحققة) جواب عما يقال الترجيح يحتاج إليه بعد التعارض وتقريره : التعارض موجود لأن المنافاة متحققة ، فإنه لو اعتبر جانب الأم كان مملوكا لسيدها ، ولو اعتبر جانب الأب لا يكون مملوكا لسيدها فثبتت المنافاة بخلاف الولد من المولى فإنه للمولى : أىّ جانب اعتبر . وقوله (والزوج قد رضى به) جواب عما يقال إذا اعتبر جانب الأمة حتى يكون الولد مملوكا لمولاها يتضرر الأب والضرر مدفوع شرعا . وتقريره : الزوج قد رضى برق الولد حيث أقدم على تزوّج الأمة عالما بأن الولد يرق به ، وفيه نظر لأن العلم بكون الولد رقيقا بتزوّج الأمة إنما يكون بعد ثبوت هذا الحكم فى الشرع وكلامنا فى شرعيته . وقوله (بخلاف ولد المغرور) ظاهر (وولد الحرة حر على كل حال لأن جانبها راجح) على ماذكرنا (فيتبعها فى وصف الحرية كما يتبعها فى المملوكية والمرقوقية

(قوله وفيه نظر لأن حق الحضانة الخ) أقول : قال المحشى الشهير بيعقوب باشا : أجيب بأن حق الحضانة حق ثابت للأم سواء كانت قبل الولادة أو بعدها فيجوز أن يكون مرجحا لجانب الأم والكلام فى ترجيحه فيتم كما لا يخفى اهـ . وفيه شىء (قوله جواب عما يقال الترجيح يحتاج إليه بعد التعارض الخ) أقول : لابد لنا فى التعارض من وجه يثبت فيه وليس بظاهر (قوله وفيه نظر لأن العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الأمة إنما يكون بعد ثبوت هذا الحكم فى الشرع وكلامنا فى شرعيته) أقول : ولا يخفى عليك أنه يتم المرام بعلمه بعد شرعيته .

و التدبير وأمومية الولد والكتابة ، والله تعالى أعلم .

(باب العبد يعتق بعضه)

(وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى فى بقية قيمته لمولاه عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا :

أورد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهوميهما ، فالرقّ هو الذل الذى ركبه الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته ، وهو حق الله تعالى أوحق العامة على ما اختلفوا فيه . والملك هو تمكن الإنسان من التصرف فيه مالم يقم به مانع سلب الولاية على نفسه وهو حقه . فأول مايؤخذ الأسير يوصف بالرق لاالمملوكية حتى يحرز بدار الإسلام ، فالملك عام يتعلق بالجماد والحيوان والرق خاص بالإنسان ، وبالبيع يزول عنه ملكه ولا يزول الرق ، وبالعتق يزول كل منهما . لكن زوال الملك قصدا ثم يتبعه الرق ضرورة فراغه بذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فبين بهما أنه يتبع الأم فى الخاص والعام ، ولذا إذا تولد بين المأكول وغير المأكول كالحمار الإنسى مع الحمار الوحشى يؤكل ، وإذا تولد بين الوحش والإنسية كالبقرة ينزو عليها حمار وحش يجوز التضحية به ، ولاختلاف مفهوميهما قد يختلفان فى الكمية فى شخص فهما كاملان فى القن . ورق أم الولد والمدبر ناقص حتى لايجوز عتقهما عن الكفارة والملك فيهما كامل . والمكاتب عكسه رقه كامل حتى جار عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لى حرّ . وما أورد من أن الرق لايقبل التجزى فكيف يقبل النقصان يندفع بأن المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته . والحاصل أن الولد يتبع الأم فى الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم أمية الولد ، وفى النسب يتبع الأب وفى الدين يتبع خير الأبوين دينا ، والله سبحانه أعلم .

(باب العبد يعتق بعضه)

لاشك فى كثرة وقوع عتق الكل وندرة عتق البعض ، وفى أن ما كثر وجوده فالحاجة إلى بيان أحكامه أمسّ منها إلى ماينْدر وجوده ، وأن دفع الحاجة الماسة مقدم على النادرة فلذا أخر هذا عما قبله (قوله وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى فى بقية قيمته لمولاه عند أبى حنيفة) وتعتبر قيمته فى الحال ، والاستسعاء أن

وإنما أورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان ، فإن فى المدبر وأم الولد الملك كامل والرق ناقص وفى المكاتب على عكسه ، فعلى هذا يكون قوله (والتدبير وأمية الولد والكتابة كالتفسير لذلك) والله تعالى أعلم .

(باب العبد يعتق بعضه)

أخر إعتاق البعض عن إعتاق الكل لكونه مختلفا فيه والمتفق عليه أولى بالتقديم (وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى فى بقية قيمته لمولاه عند أبى حنيفة

(باب العبد يعتق بعضه)

(قوله أخر إعتاق البعض عن إعتاق الكل لكونه مختلفا فيه الخ) أقول : أو لأن إعتاق الكل أفضل وأكثر ثوابا أولأنه أكثر وقوعا

(يعتق كله) وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لايتجزأ وهو قول الشافعى رحمه الله ، فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق كله . لهم أن الإعتاق إثبات العتق وهو قوة حكمية ، وإثباتها بإزالة ضدها وهو الرق الذى هو ضعف حكمى وهما لايتجزآن فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد . ولأبى حنيفة رحمه الله أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك ، أو هو إزالة الملك لأن الملك حقه والرق حق الشرع أوحق العامة . وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لاحق غيره . والأصل أن التصرف

يؤاجره فيأخذ نصف قيمته من الأجرة . ذكره فى جوامع الفقه ، وسيجىء أنه إذا امتنع عن السعاية فعل ذلك إذا

وفالا : يعتق كله . وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لايتجزأ وهو قول الشافعى) يعنى إذا كان المعتق واحدا أو موسرا إن كان العبد مشتركا ، وأما إذا كان معسرا فلك الساكت باق كما كان حتى جاز له أن يبيع ويهب على ما يجىء ، وكل ما لا يتجزأ (فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق كله) قال صاحب الميزان : المعنى من قولنا الإعتاق يتجزأ ليس هو أن ذات القول يتجزأ أو حكمه يتجزأ لأنه محال بل معنى ذلك أن المحل فى قبول حكم الإعتاق يتجزأ فيتصور ثبوته فى النصف دون النصف . وحاصل الخلاف راجع إلى أن إعتاق النصف هل يوجب زوال الرق عن المحل كله أم لا ؟ عنده لايوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك بقدره . وعندهمايوجب زوال الرق عن الكل (لهم أن الإعتاق إثبات العتق الذى هو قوة حكمية وإثباتها بإزالة ضدها الذى هو الرق) لأن المحل لايخلو عن أحدهما ، فإزالة أحدهما توجب إثبات الآخر وهما لايتجزآن بالاتفاق . فكذلك الإعتاق وإلا لزم تخلف المعلول عن العلة أو تجزى العتق . لأنه إذا تجزأ فإما أن يثبت بإعتاق البعض عتق كل الرقبة أولايثبت شىء أو يثبت بعضه . وعلى كل من الأولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الأخير يلزم تجزى العتق (فصار) الإعتاق (كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد) فى عدم التجزى . فإن قلت : قد تقدم أن الإعتاق عند الشافعى إسقاط كالطلاق فكيف جعله ههنا إثباتا للعتق . قلت : يجوز أن يكون فعل ذلك بطريق التغليب غلب جهتهما على جهته فقال لهم إن الإعتاق الخ (ولأبى حنيفة أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك) وهو الوصف الشرعى المطلق للتصرف (أو هو) أى الإعتاق (إزالة الملك) لا إثبات العتق بإزالة ضده الذى هو الرق ولا هو إزالة الرق ليلزم عدم التجزى (لأن الملك حقه) أى حق المعتق (والرق حق الشرع) لأن الكافر لما استنكف أن يكون عبدا لله جازاه الله فصيره عبد عبده) أوحق العامة) لأن الغانمين كما يقتسمون غير الرقيق يقتسمونه (وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لاحق غيره) وهذا كما ترى بناء لكلامه على أحد أمرين كل منهما مستقل بإفادة المطلوب ، وتقريره الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك والملك متجز فالإعتاق كذلك ، وإنما قلنا بأنه إثبات العتق بإزالة الملك لابإزالة الرق لأن الإعتاق تصرف . وكل ماهو تصرف لايتعدى ولاية المتصرف فالإعتاق لايتعدى ولاية المتصرف ، وولاية المتصرف إنما تكون على ماهو حقه وحقه الملك فولايته إنما تكون على الملك ، وأما أن الملك متجز فذلك بالإجماع

(قوله حتى جاز له أن يبيع ويهب) أقول : يعنى عبده (قوله أو يثبت بعضه) أقول : أى بعض العتق (قوله أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك وهو الوصف الخ (أقول : قوله وهو راجع إلى الملك) قال المصنف : وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف الخ) أقول : أى التصرف الذى له حكم هو التصرف الذى يدخل الخ فحكم التصرف من إضافة الصفة إلى الموصوف (قوله لأن الإعتاق تصرف ، إلى آخر قوله : فولايته إنما تكون على الملك) أقول : فيكون الإعتاق هنا مجازا فى الإزالة التى هى سببه كما لايخفى حيث لم يوجد إثبات العتق ولا هو يقدر عليه .

يقتصر على موضع الإضافة والتعدى إلى ما وراءه ضرورة عدم التجزى ، والملك متجزئ كما فى بيع والهبة فيبقى على الأصل ، وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد، والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية فى كله ، وبقاء الملك فى بعضه يمنعه ، فعملنا بالدليلين بإنزاله مكاتبا إذ هو مالك يدا إلا رقبة ، والسعاية كبدل الكتابة ، فله أن يستسعيه . وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للإعتاق ، غير أنه إذا عجز لايرد إلى الرق لأنه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ ، بخلاف الكتابة المقصودة لأنه عقد يقال

كان له عمل معروف ، وهو يفيد أن معنى الاستسعاء غير هذا ، وإنما يصار إليه عند امتناعه فتكون الإجازة تنفذ عليه جبرا ، وظاهر أن هذا إذا عين مقدارا كربعك حر ونحوه ، فلو قال بعضك حر أو جزء منك أو شقص أمر بالبيان ، ولو قال سهم منك حر فقياسه فى قول أبى حنيفة أن يعتق سدسه كما فى الوصية بالسهم من عبده فيسعى فى خمسة أسداسه ، وقوله عتق ذلك القدر تعبير بالعتق عن زوال الملك لاعن زوال الرق فإنه عند أبى حنيفة رقيق كله بخلافه فى قول المصنف ، وقالا : يعتق كله فإنه عن زوال الرق : أى وقالا يزول الرق عنه كله . ثم قال المصنف رحمه الله بعد وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق : وعندهما لايتجزأ وهو قول

لكنه تعلق به أمر غير متجزّ وهو العتق وتعلقه به لايستلزم تجزئته ولا تجزئة علته كجواز الصلاة فإنه أمر غير متجزّ تعلق بمتجز وهو الأركان ، وكذلك الطهارة أمر غير متجز تعلق بمتجز وهو غسل الأعضاء المفروضة ولم يستلزم تجزئتها ولا علتها وهى إرادة الصلاة . هذا تقرير أحد الأمرين . وتقرير الآخر الإعتاق إزالة الملك والملك متجز ، فالإعتاق إزالة متجز وإزالة المتجزى متجز . وبيان ذلك ماذكرناه وهذا أسهل مأخذا ، ثم إذا تجزى الإعتاق بزوال بعض الملك احتبس مالية نصف العبد عنده فتجب عليه السعاية (والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده) أى عند أبى حنيفة لأن الإضافة)أى إضافة الإعتاق إلى البعض توجب ثبوت المالكية) للعبد (فى الكل) باعتبار العتق لأنه لايتجزأ (وبقاء الملك فى بعضه يمنعه) عن ثبوت المالكية فى الكل باعتبار الرق فإنه لايتجزأ . فقد اجتمع فى العبد مايوجب ثبوت المالكية فى الكل ومايوجب بقاء الملك فى الكل ، والعمل بالدليلين ممكن بإنزاله مكاتبا فعملنا بهما وجعلناه مكاتبا لأن المكاتب مالك يدا ومملوك رقبة كالمستسعى ، ويجوز أن يكون معناه إذ هو أى معتق البعض مالك يدا لأجل السعاية مملوك رقبة كالمكاتب . ويجوز أن يكون معناه إضافة العتق إلى البعض توجب ثبوت مالكيته فى الكل كما هو قولهما . وبقاء الملك فى بعضه يمنعه كما هو قول أبى حنيفة ، فقلنا إنه حرّ يدا مملوك رقبة كالمكاتب عملا بالدليلين . وإذا كان المستسعى كالمكاتب كانت السعاية كبدل الكتابة (فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للإعتاق) فإن قيل : لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقا إذا عجز . أجاب بقوله (غير أنه إذا عجز لايرد رقيقا لأنه إسقاط لا إلى أحد) والإسقاط لا إلى أحد ليس فيه معنى المعاوضة لا أنها إنما تتحقق بين اثنين ، وإذا لم يتحقق فيه معنى المعاوضة لايقبل الفسخ (بخلاف الكتابة المقصودة) فإنها إسقاط من المولى إلى المكاتب إقدارا على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فيقال ويفسخ ، وفى بعض

(قوله ولاعلتها) أقول : لم يعد الجار جريا على مذهب الكوفيين (قوله وتقرير الآخر الإعتاق الخ) أقول : فالإعتاق حينئذ على حقيقته (قوله باعتبار العتق لأنه لايتجزأ) أقول : فيه أن العتق لم يحصل بعد عنده (قال المصنف : لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية فى كله) أقول : فيه بحث ، فإن اللازم كما قرره آنفا خلاف ذلك ولعل هذا مستغنى عنه ، ويكفى فى إثبات المطلوب لما كان بعضه

ويفسخ ، وليس فى الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة ، فأثبتناه فى الكل ترجيحا للمحرم ، والاستيلاد متجزئ عنده ، حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه . وفى القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه

الشافعى : يعنى فيما إذا كان المولى واحدا أوكان لشريكين والمعتق موسر ، أما إذا كان لشريكين والمعتق معسر فيبقى ملك الساكت كما كان حتى جاز له بيعه عنده والمراد من تجزى الإعتاق تجزى المحل فى قبول حكمه فيثبت فى البعض دون البعض . والذى يقتضيه النظر أن هذا غلط فى تحرير محل النزاع ، فإنهم لم يتواردوا على محل واحد فى التجزى وعدمه ، فإن القائل العتق أو الإعتاق يتجزأ لم يرده بالمعنى الذى يريده به قائل أنه لا يتجزأ وهو زوال الرق أو إزالته إذ لا خلاف بينهم فى عدم تجزيه بل زوال الملك أو إزالته ، ولا خلاف فى تجزيه فلا ينبغى أن يقال اختلف فى تجزى العتق وعدمه أو الإعتاق ، بل الخلاف فى التحقيق ليس إلا فيما يوجبه الإعتاق أولا وبالذات ، فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزى موجبه ، غير أن زوال الرق لا يثبت إلا عند زوال الملك عن الكل شرعا كحكم الحدث لا يزول إلا عند غسل كل الأعضاء وغسلها متجزئ . وهذا لضرورة أن العتق قوة شرعية هى قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع وإنكاح بنته ونفسه . ولا يتصور ثبوت هذه فى بعضه شائعا فقطع بعدم تجزيه والملك متجزئ قطعا . فلزم ماقلنا من زوال الملك عن البعض . وتوقف زوال الرق على زوال الملك عن الباقى ، وحينئذ فينبغى أن يقام الدليل من الجانبين على أن الثابت به أولا زوال الملك أو الرق لأنه محل النزاع ، والوجه منتهض لأبى حنيفة ، أما المعنى فلأن تصرف الإنسان يقتصر على حقه وحقه الملك ، أما الرق فحق الله أو حق العامة على ماتقدم فيلزم أن الثابت بالإعتاق زوال الملك أولا ثم يزول الرق شرعا اتفاقا إذا زال لا إلى مالك ، وبهذا يندفع ماقيل زوال الملك لا يسمى إعتاقا وإلا لكان البيع والهبة إعتاقا . فإنه إنما يلزم لوكان البيع والهبة إزالة الملك لا إلى مالك ، لأن ذلك هو المسمى بالعتق لا إزالة الملك كيفما كان . وأما السمع فما فى الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من أعتق شركا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه ، وإلا فقد عتق منه ماعتق » أفاد تصور عتق البعض فقط . وقول أيوب : لاندرى أشىء قاله نافع أو هو شىء فى الحديث لا يضر ، إذ الظاهر بل الواجب أنه منه ، إذ لا يجوز إدراج مثل هذه من غير نص قاطع فى إفادة أنه

النسخ لأنه إسقاط لا إلى أجل : يعنى بخلاف الكتابة المقصودة فإن الإسقاط فيها إلى أجل وهو وقت أداء البدل . وقوله (وليس فى الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة) جواب عن قولهم فصار كالطلاق والعفو عن القصاص . ووجهه أنا لم نثبت العتق فى الكل لإمكان العمل بالدليلين بوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق وهى الكتابة يصار إليها ، وليس فى الطلاق والعفو ذلك (فأثبتناه فى الكل ترجيحا للمحرم ، وأما الاستيلاد فهو متجزى عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه) حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله . فإن قيل : لو كان الاستيلاد متجزئا لاطرد فى القنة أيضا . أجاب بأنه إنما لم يتجزأ فى القنة لأن المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد وصار كأنه استولد جارية نفسه لا أن الاستيلاد عنده غير متجز

مملوكا وبعضه غير مملوك كان كالمكاتب (قوله وهو وقت أداء البدل) أقول : فيه بحث ، والظاهر وهو وقت العجز (قوله حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله) أقول : ولو مات المدبر عتق من ثلث ماله .

. . . .

ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلم يوجب فى الحديث علة قادحة ، وكذا ما رواه البخارى أيضا عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من أعتق شقصا فى مملوك فخلاصه عليه فى ماله إن كان له مال ، وإلا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه ، أى لايغلى عليه الثمن ، أفاد عدم سراية العتق إلى الكل بمجرد عتق البعض وإلا لكان قد خلص قبل تخليص المعتق هذا هو الظاهر . وأما ما روى لهما من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم « من أعتق نصيبا له فى مملوك أو شركا له فى عبد فكان له من المال مايبلغ قيمته بقيمة عدل فهوعتيق » وفى لفظ « فقد عتق كله » فإنما يقتضى عتق كله إذا كان له مال يبلغ قيمته ، وليس مدعاهما ذلك بل إنه يعتق كله بمجرد إعتاق بعضه كان له مال أو لا ، فقد أفادت الأحاديث أن العتق مما يقتصر ولا يستلزم وجوده السراية وإن وردت فى العبد المشترك . واستدل أيضا بدلالة الإجماع وهو أن المعتق إذا كان معسرا لايضمن بالإجماع ، ولو كان إعتاق البعض إعتاقا للكل وإتلافا له لضمن مطلقا ، كما إذا أتلفه بالسيف أو بالشهادة به لإنسان ثم رجع بعد القضاء فإنه يضمن موسرا كان أو معسرا . لكن قد يقال فى هذا إن السعاية تقوم مقامه فلا يتعين ، وحيث ثبت الاقتصار لزم أن يكون المراد بالعتق فى قوله عليه الصلاة والسلام « فقد عتق منه ماعتق » زوال الملك ، وكذا يلزم فى قول كل من نقل عنه القول بتجزيه كالحسن ، وهو مروى عن على وعمر ، بخلاف ماقيل إن قول عمر قولهما فقد أسند الطحاوى إلى عبد الرحمن بن يزيد قال : كان لنا غلام شهد القادسية فأبلى فيها ، وكان بينى وبين أمى وأخى الأسود فأرادوا عتقه وكنت يومئذ صغيرا : فذكر الأسود ذلك لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال : أعتقوا أنتم ، فإذا بلغ عبدالرحمن ورغب فيما رغبتم فيه أعتق وإلا ضمنكم . أثبت لعبد الرحمن الإعتاق بعد بلوغه بعد أن ثبت فى العبد إعتاقهما وإنما قلنا ذلك لأن الرق لايتجزأ زوالا عند أحد فلزم المطلوب ، وهو أن النازل بالإعتاق بالذات زوال الملك ، وإذا ثبت ذلك لزم فى إعتاق بعض العبد الخاص به أن يعتق ذلك القدر : أى يزول ملكه عنه ويبقى كمال الرق فيه كله وهو المسئلة المتكلم فيها ، وإذا ظهر أن مازال بالإعتاق هو الملك والرق ثابت فى كله ولازمه شرعا أن لايبقى فى الرق لزم أن يسعى العبد فى باقى قيمته لاحتباس مالية الباقى عنده ، وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على أداء البدل ، وكونه أحق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه ولا استخدام وكونه رقيقا كله إلا أنه يخالفه فى أنه لو عجز لايرد إلى الاستخدام ، بخلاف المكاتب بسبب أن المستسعى زال الملك عن بعضه لا إلى مالك صدقة عليه به وإنما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعى وهو تضمينه قسرا ، بخلاف المكاتب فإن عتقه فى مقابلة التزامه بعقد باختياره يقال ويفسخ بتعجيزه نفسه ، وعلى هذا ما إذا أعتق أمة مشتركة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك أن يضمن المعتق القيمة عن نصيبه يوم أعتق ولا يضمنه شيئا من قيمة الولد لأنه ماصنع فى الولد شيئا ولأنه لم يتبت حق الشريك فى الولد لأنها كانت مكاتبة حين ولدت والمكاتبة أحق بولدها كما أنها أحق بكسبها ، والاعتراض أنه ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشىء لأن التشبيه لايستلزم عموم وجه الشبه فيه ، وإذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك أن ماذكروا من إلحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد غير مفيد لأنه إن أريد إلحاق إزالة الرق بها فى عدم التجزى

. . . .

بالضمان فكمل الاستيلاد (وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق ، فإن كان موسرا فشريكه بالخيار ، إن شاء أعتق ، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه ، وإن شاء استسعى العبد ، فإن ضمن رجع المعتق على العبد (والولاء للمعتق ، وإن أعتق أواستسعى فالولاء بينهما ، وإن كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد والولاء بينهما فى الوجهين . وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ،

فغير محل الخلاف للاتفاق على أن الرق لايتجزأ زوالا أوإلحاق إزالة الملك بها فيه فغير صحيح ، لأنهم وغيرهم لايقولون بأنه لايتجزأ . وأقصى مايمكن فى تقريره أن يجعل إلحاقا لزوال الملك لاإلى مالك فى عدم التجزى بأن يتنزل ويدعى أن المتجزئ زوال الملك إلى مالك لا إلى غير مالك إلحاقا بالأمور المذكورة، فإن فى الطلاق زوال ملك لا إلى مالك وفى العفو زوال حق لا إلى مستحق آخر والاستيلاد زوال ملك كذلك : أعنى ملك بيعها وهبتها . والجواب أولا أنه إلحاق بلا جامع لأن عدم التجزى فى الأصول لعدم التصور ، إذ لايمكن نصف المرأة منكوحة ونصفها مطلقة ، ولا نصفها مستولدا ونصفها لا ، ولا إسقاط نصف حق القتل ، فإن القتل بثبوت حقه لا نصفه ، فمعه لايثبت وهو معنى سقوط القصاص ، وليس عدم التجزى فيها لأن الزوال لا إلى مالك ، بل لا أثر لكون الزوال إلى مالك أولا إليه ، بخلاف زوال ملك الرقبة ، وهذا معنى قول المصنف : وليس فى الطلاق والعفو حالة متوسطة : أى ليس فيهما إلا زوال كليهما أو بقاؤهما ، (فأثبتناه فى الكل[1]) أى فأثبتنا زوال الملك فى الكل ترجيحا للمحرم ، وهو الحرمة ، فإنه اجتمع فيهما موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهوعدم اتصاف البعض به . وأما الاستيلاد فمتجزئ عنده حتى لواستولد نصيبه من مدبرة اقتصر عليه ، حتى لو مات المستولد تعتق من جميع ماله ، ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله ، وإنما كمل فى القنة لأنه لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه من حين الاستيلاد فصار مستولدا جارية نفسه فثبت عدم التجزى ضرورة (قوله وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق) أى زال ملكه عنه (فإن كان) المعتق (موسرا فشريكه بالخيار إن شاء أعتق نصيبه) منجزا أو مضافا ، وينبغى إذا أضافه أن لاتقبل منه إضافته إلى زمان طويل لأنه كالتدبير معنى ، ولو دبره وجب عليه السعاية فى الحال فيعتق كما صرحوا به فينبغى أن يضاف إلى مدة تشاكل مدة الاستسعاء (وإن شاء ضمن المعتق)قيمته إذا لم يكن بإذنه ، فإن كان بإذن الشريك فلا ضمان عليه له (وإن شاء استسعى العبد) فيها (فإن ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق ، وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما فى الوجهين) أى فى الإعتاق والسعاية (وهذا) كله (عند أبى حنيفة رحمه الله) هكذا ذكر فى الأصل ، وذكر فى التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وأن يدبره وعلمت حكمه أن يستسعى وأن يكاتبه وهو يرجع إلى معنى الاستسعاء ، ولوعجز استسعى ، ولو امتنع العبد عن السعاية يؤاجره جبرا ، ويدل على أن الكتابة فى معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته إن كان من النقدين لايجوز إلا أن يكون قدرا يتغابن الناس فيه ، لأن الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الأكثر ، وكذا لو صالحه على عوض أكثر ، وإن كاتبه على عروض

قال(وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق) وكلامه واضح . ونوقش مناقشة لفظية ، وهى أن أبا حنيفة لايثبت عنده شىء من العتق فما وجه صحة قوله عتق ؟ وأجيب بأن المراد به ثبت استحقاق العتق أو زال ملك الشريك مع بقاء الرق فى كل العبد . وقوله (فالولاء بينهما) يشير إلى أن الاختلاف فى صفة السبب بأن يكون إعتاق أحدهما بمال وإعتاق الآخر بدونه لاينافى ثبوت الولاء بينهما جميعا

---

(١) هذه القولة ليست بالنسخ التى بأيدينا ، مصححه .

. . . .

قيمتها أكثر من قيمته جاز ، ولو كان الساكت صبيا والمعتق موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية لوليه، والتضمين أولى لأنه أنظر ، ولو لم يكن له ولىّ انتظر بلوغه ليختار . قيل هذا فى موضع ليس فيه قاض ، فإن كان فى موضع فيه قاض نصب القاضى له قيما ليختار التضمين أو الاستسعاء ، وليس للولى اختيار العتق لأنه تبرّع بمال الصبى ، وكذا لو كان مكان الصبى مكاتب أو عبد مأذون ليس لهما إلا التضمين أو الاستسعاء ، أما المكاتب فإن له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة ، وأما العبد المأذون فالقياس أن يكون له حق التضمين فقط لأن الاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس للعبد المأذون أن يكاتب ، ولكن قال: سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لايمكن إبطاله ، وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك وإن كان لايملك الكتابة ابتداء . وإذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاء نصيبهما لمولاهما لأنهما ليسا من أهل الولاء فيثبت الولاء لأقرب الناس إليهما وهو المولى ، وإن لم يكن على العبد دين فالخيار للمولى لأن كسبه مملوك للمولى فى هذه الحالة ، وتقدير القيمة يوم الإعتاق ، فلو كان فيه صحيحا ثم عمى يجب نصف قيمته صحيحا ، وقلبه لو كان أعمى يوم العتق فانجلى بياض عينيه يجب نصف قيمته أعمى لأنه حال ثبوت سبب الضمان ، وكذا يعتبر اليسار والإعسار وقت العتق ، فلو كان موسرا وقت العتق فأعسر لايسقط عنه الضمان، ولو كان معسرا فأيسر لاضمان . ولو اختلفا فى قيمته يوم أعتقه ، فإن كان العبد قائما نظر إلى قيمته يوم ظهر العتق حتّى إذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى يقوّم للحال لأن العتق حادث فيحال على أقرب أوقات ظهوره، وكذلك إن أراد أن يستسعى العبد، ولو تصادقوا على وقت العتق واختلفوا فى قيمته فى ذلك الوقت فالقول قول المعتق كالغاصب لأنه ضامن وينكر الزيادة. ولو اختلفا فى اليسار والإعسار فقال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الشريك بل وأنت موسر ، نظر إلى حاله يوم ظهر العتق إما لأنه كالمنشىء للعتق فى الحال أو لأنه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال ، فإن كان فى الحال موسرا فالظاهر شاهد لمن يدعى اليسار فيما مضى ، وإن كان معسرا فى الحال فالظاهر شاهد لمن يدعى العسرة فيما مضى ، وهو كالمستأجر مع ربّ الطاحونة إذا اختلفا فى جريان الماء فى المدة يحكم الحال . ولو تصادقا على أن العتق كان سابقا عليه فى مدة تختلف حاله فيه فالقول قول المعتق فى إنكار يساره لأنه ينكر المعنى الموجب للضمان ، وإذا كان موسرا يوم أعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له أن يبرئه ويستسعى الغلام لم يكن له ذلك . وروى ابن سماعة عن محمد أنه إن قضى القاضى له بالضمان أو رضى به المعتق فليس له أن يستسعى الغلام بعد ذلك وإلا فله . قيل ماذكر فى الأصل من الإطلاق محمول على ذلك التفصيل ، وقيل بل فى المسئلة روايتان، ولو مات الساكت قبل أن يختار شيئا فلورثته من الخيار ماكان له لأنهم قائمون مقامه بعد موته ، وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذى أوجب الخيار للمورث ثابت للورثة ، فإن شاءوا أعتقوا وإن شاءوا استسعوا العبد وإن شاءوا ضمنوا المعتق ، فإن ضمنوه فالولاء كله للمعتق لأنه بأداء الضمان إليهم يملك نصيبهم كما كان يتملك بالأداء إلى المورث ، وإن اختاروا الإعتاق أو الاستسعاء فالولاء فى هذا النصيب للذكور من أولاد الميت دون الإناث لأن معتق البعض كالمكاتب ، والمكاتب لايورث عينه وإنما يورث ماعليه من المال فيعتق نصيب

. . . .

وقالا : ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ، ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق) وهذه المسئلة تبتنى على حرفين أحدهما تجزى الإعتاق وعدمه على ما بيناه ، والثانى أن يسار المعتق لايمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع . لهما فى الثانى قوله صلى الله عليه وسلم فى الرجل يعتق نصيبه ، إن كان غنيا ضمن ، وإن كان فقيرا سعى فى حصة الآخر ،

الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه فى ذلك الذكور من أولاده دون الإناث إذ الولاء لايورث ، وإن اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لأن كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت. وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه ليس لهم ذلك إلا أن يجتمعوا على التضمين أو الاستسعاء . قال فى المبسوط : هذا هو الأصح لأنه صار كالمكاتب لايملك بالإرث ، فكذلك هم لايملكون نصيب الساكت بعد موته ، والدليل عليه فصل الولاء الذى تقدم لايثبت لهم بالإعتاق ابتداء ، ولكنهم خلفاء المورث يقومون مقامه ؛ وليس للمورث أن يختار التضمين فى البعض والسعاية فى البعض فكذا الورثة ، ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئا فله أن يضمن المعتق قيمة نصيبه إن كان موسرا . وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنه ليس له أن يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لأن نصيبه من العبد باق على ملكه والضمان غير متعين على المعتق مالم يختر ضمانه ، فإذا هلك على ملكه فليس له أن يتقرر الضمان على شريكه بعد ذلك ، وهذا لأن صحة اختيار التضمين معلق بشرط هو أن يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لأن الميت لايحتمل التمليك . وجه ظاهر الرواية أن وجوب الضمان عليه بالإعتاق لأن السبب وهو الإفساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب ، وموت العبد بعد الغصب لايمنع من تضمين الغاصب ، وهذا لأن تضمينه من وقت العتق وكان محلا للتمليك عند ذلك ، بخلاف ما لو باعه نصيبه أو وهبه على عوض حيث لايجوز فى الاستحسان وإن كان القياس جوازه كالتضمين لأن هذا تمليك للحال وهو غير محل له . وفى جامع قاضيخان : لو أعتق أحد الشريكين فى مرض موته وهو موسر ثم مات لايؤخذ ضمان العتق من تركته فى قول أبى حنيفة رحمه الله ، بل يسقط لأن الضمان يجب بطريق التحمل صلة والصلات تسقط بالموت ، وعندهما يؤخذ به لأنه ضمان إتلاف ، وإنما عرف استسعاء العبد عند عسرته بالنص بخلاف القياس (قوله وقالا ليس له) أى الساكت (إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار ، ولا يرجع المعتق على العبد إذا ضمن والولاء للمعتق) قال المصنف (وهذه المسئلة تبتنى على حرفين أحدهما تجزى الإعتاق) عنده (وعدمه) عندهما فيسعى وهو حر مديون وتقدم بيانه (والثانى أن يسار المعتق لايمنع السعاية عنده وعندهما يمنع)

وقوله (لهما فى الثانى) يعنى أن يسار المعتق يمنع السعاية (قوله صلى الله عليه وسلم فى الرجل يعتق نصيبه « إن كان غنيا ضمن ، وإن كان فقيرا سعى فى حصة الآخر ») والقياس فيه أحد الأمرين ، إما وجوب الضمان على المعتق

(قال المصنف : لهما فى الثانى قوله عليه الصلاة والسلام ، إلى قوله : تنافى الشركة) أقول : وأجاب صاحب الكافى بأن فى الحديث بيان أن الضمان يجب على المعتق عند يساره وذا لاينفى وجوب السعاية على العبد لوصف التنجيز وفائدة القسمة فى نفى الضمان لوكان فقيرا اهـ . واعترض عليه ابن الهمام بأن هذه القسمة كما تفيد نفى الضمان لوكان فقيرا تفيد نفى الاستسعاء لوكان موسرا بعين الجهة التى تفيد بها تلك الإفادة . وأجاب صاحب العناية أيضا بأن النبى صلى الله عليه وسلم قسم على وجه الشرط ، والمعلق بالشرط يقتضى الوجود عند الوجود ، ولايقتضى العدم عند العدم ، فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وإن كان موسرا وقد وجد ذلك على ما ذكر من وجه أبى حنيفة اهـ . وفيه بحث

قسم والقسمة تنافى الشركة . وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه كما إذا هبت الريح فى ثوب إنسان وألقته فى صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان أو معسرا لما قلنا فكذا ههنا ، إلا أن العبد فقير فيستسعيه ،

لما فيه أن جميع النصوص التى ظاهرها تجزى الإعتاق كقوله « فقد عتق منه ما عتق » وحديث « فعليه خلاصه فى ماله » وقوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق عبدا بينه وبين آخر قوّم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه فى ماله إن كان موسرا » فى الصحيحين ، وكذا ما انفرد به البخارى عن مسلم « من أعتق عبدا بين اثنين ، فإن كان موسرا قوّم عليه ثم يعتق » والتى ظاهرها عدم تجزيه كحديث أبى المليح عن أبيه « أن رجلا أعتق شقصا له من غلام ، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ليس لله شريك ، وأجاز عتقه » رواه أحمد وأبو داود وزاد رزين « فى ماله » . وفى لفظ « هو حرّ كله ليس لله شريك » وحديث البخارى عن ابن عمر رضى الله عنهما عنه صلى الله عليه وسلم « من أعتق نصيبا له فى مملوك أو شركا له فى عبد وكان له من المال مايبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق » كلها تفيد أن الحكم الثابت عند يساره التضمين ليس غير ، ولذا اختار الطحاوى قولهما . ووجهه أنه قسم فجعل الحكم عند يساره تضمينه وعند إعساره الاستسعاء والقسمة تنافى الشركة . واستدل لأبى حنيفة رحمه الله بقوله (إنه) أى الساكت (احتبست) على البناء للفاعل (مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه ، وإن وقع احتباسها عنده بغير اختياره (كما إذا هبت الريح فألقت ثوب إنسان فى صبغ غيره فانصبغ به فإن لصاحب الصبغ أن يضمن مالك الثوب قيمة صبغه موسرا كان أو معسرا لما قلنا ، إلا أن العبد فقير فيستسعيه) ويأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون ، وهذا يفيد أن تضمين المعتق على خلاف القياس لأنه إذا كان القياس تضمين

موسرا كان أو معسرا لأنه بإعتاق نصيبه مفسد على الشريك نصيبه بأنه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف فى نصيبه وضمان الإفساد لايختلف باليسار والإعسار ، وإما عدم وجوب الضمان على المعتق بحال لأنه متصرف فى نصيب نفسه والمتصرف فى ملكه لايكون متعديا ولا يلزمه الضمان ، وإن تعدى ضرر تصرفه إلى ملك الغير كمن سقى أرضه فنزت أرض جاره أو أحرق الحصائد فى أرضه فاحترق شىء من ملك جاره ، ولكنهما تركا القياس بالحديث المروى ، رواه نافع عن ابن عمر ، ومثله روى عروة عن عائشة . ووجه الاستدلال أنه (قسم والقسمة تنافى الشركة) ووجه قول أبى حنيفة على ما ذكره فى الكتاب ظاهر . وقوله (لما قلنا) يريد به قوله وله أنه احتبست مالية نصيبه . وقوله (إلا أن العبد فقير فيستسعيه) قيل عليه إذا سعى ، فالقياس أن يرجع على المعتق لأنه هو الذى ورّطه وصار كالعبد المرهون فإنه يرجع على الراهن بما سعى. وأجيب بأن عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك تمنعه للعبد ، والعبد إنما سعى فى بدل رقبته وماليته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على أحد ، بخلاف المرهون فإن سعايته ليست فى بدل رقبته بل فى الدين الثابت فى ذمة الراهن ، ومن كان مجبرا على قضاء دين فى ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما فى معير الرهن . فإن قيل : ماذكر من وجه أبى حنيفة فإنما هو قياس فى مقابلة النص وهو باطل . أجيب بأن النبى عليه الصلاة والسلام قسم على

(قوله ولكنهما تركا القياس الخ) أقول : ويمكن أن يقال تركا القياس للتعارض أيضا فليتأمل . وفى الكافى : نعمل بالقياس فى الحالين ليكون عملا بهما (قوله أجيب بأن النبى صلى الله عليه وسلم الخ) أقول : فيه بحث .

. . . .

العبد كان تضمين غيره غيره ، وهذا لأنه وإن حصل إفساد نصيبه بعتقه الاختيارى لكنه تصرف فى ملك نفسه فصار كما إذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره . وأورد عليه أنه معارضة للنصوص بالتعليق فإنها أوجبت السعاية إذا كان المعتق معسرا لا إذا كان موسرا . وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلا يلزم نفى الاستسعاء عند نفى الإعسار فجاز أن يثبت عند عدمه أيضا بالدليل وهو ماذكرنا من الاحتباس كذا أورده شارح . وأجاب : والتحقيق فى إيراده أن النصوص قسمت فأعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه . فقال عند اليسار التضمين ، وعند عدمه وهو الإعسار الاستسعاء ، والقسمة تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجد الاستسعاء عند اليسار كما لا يوجد التضمين عند الإعسار وحينئذ يندفع ذلك الجواب . وقد أجيب أيضا بنحوه وهو أن القسمة ذكرت بلفظ الشرط ، وهو إنما يقتضى الوجود عند الوجود . وحقيقة هذا الجواب منع أن القسمة تنافى الشركة مطلقا ، بل ذاك إذا لم تكن بشرطين بل بشرط واحد مثل قوله عليه الصلاة والسلام « وإذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد » وليس بشىء إذ لا أثر لتعدد الشرط ووحدته فى اختلاف حكم القسمة . وفى الكافى : جعل فائدة القسمة نفى الضمان لو كان فقيرا ، ولا يخفى أن هذه القسمة كما تفيد نفى الضمان لو كان فقيرا تفيد نفى الاستسعاء لو كان موسرا بعين الجهة التى تفيد بها تلك الإفادة . فإن قيل : فمن أىّ وجه أفادت القسمة نفى الشركة ؟ فالجواب أنه لما أعطى فيها حكم الشرط وحكم نقيضه كان ظاهرا فى أن المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غيره . وغاية مايمكن أن يقال إن اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لأنه المحتاج إلى بيانه إذا كان على خلاف الدليل الظاهرى ، وذلك أن الدليل وهو الاحتباس يقتضى قصر الاستسعاء على عتق الشريك سواء كان موسرا أو معسرا فلا يجوز تضمين المعتق ، فبين الشارع موضع مخالفته وهو التضمين فى صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لأن الدليل منصوب عليه وهذا لأن الدليل أفاد جواز الاستسعاء مقصورا فنفى القصر وبقى جوازه . ولايخفى أن فى هذا تقليل معارضة الدليلين لأنه فى قصر الجواز على الاستسعاء أقل منه فى نفى أصل جوازه ، وهذا الاعتبار واجب ما أمكن . وتحقيقه أن النص ورد مخصصا للقياس ، إذ بين بشرعية التضمين مع اليسار أن تعين الاستسعاء إنما هو فى غير ما إذا كان المقصود التقرّب إلى الله تعالى بنفس التصرف فى المحل ، أما إذا كان وله قدرة على إتمامها وجب كالشروع فى صوم التطوّع خصوصا وعدم إتمامها يوجب إتعابا للآخر وهو العبد ، بخلاف ما إذا لم يكن قادرا فإنه لايلزمه ويكتب له ثواب ماقدر عليه من القربة . وأما على قولهما فالنص على وفق القياس على ماذكرنا من أن الاستسعاء عندهما على خلاف القياس فى صورة الإعسار بناء على أنه ضمان إتلاف وهو بعيد عن التوجيه ، إذ لاشك فى أن عتق مايملكه مشروع وعبادة ، والإتلاف وقع باتفاق الحال وهو لايوجب ضمانا لأنه ليس جناية على الغير وإن فسدت مالية باقى العبد ، كمن هدم جداره فانهدم جدار غيره . فالحق أن القياس ليس إلا الاستسعاء والنص خصصه . وفى المسئلة قول الثورى والليث أن الساكت بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء ضمن ولا سعاية

وجه الشرط لأنه صلى الله عليه وسلم علق الاستسعاء بفقر المعتق ، وهو لاينافى الاستسعاء عند عدمه لأن المعلق

ثم المعتبر يسار التيسير ، وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لايسار الغنى . لأن به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ماقصده المعتق من القربة وإيصال بدل حق الساكتُ إليه ،

أصلا ، وسبب هذا القول إعلالهم لفظ السعاية فىحديث أبى هريرة . قال النسائى : أثبت أصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائى وسعيد بن أبى عروبة ، وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن أبى عروبة : يعنى فى ذكر السعاية، قال : وبلغنى أن هماما روى هذا الحديثعن قتادة فجعلالكلام الأخير، وإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه من قول قتادة . وقال عبد الرحمن بن مهدى : أحاديث همام عن قتادة أصح من حديث غيره لأنه كتبها إملاء . وقال الدارقطنى : سمعت أبا بكرالنيسابورى يقول : ما أحسن ما رواه همام وضبطه فصل قول النبى صلى الله عليه وسلم من قول قتادة . ورواه ابن أبى عروبة وجرير بن حازم عن قتادة فجعلا الاستسعاء من قول النبى صلى الله عليه وسلم ، وأحسبهما وهما فيه لمخالفة شعبة وهشام . قال الخطابى : اضطرب سعيد بن أبى عروبة فى السعاية ، فمرة يذكرها ومرة لايذكرها ، فدل على أن ذلك ليس من متن الحديث ، ويدل على صحة ذلك حديث ابن عمر فى الستة عنه عليه الصلاة والسلام « من أعتق شركا له فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوّم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ماعتق » قال صاحب تنقيح التحقيق : فيما قالوه نظر ، فإن سعيد بن أبىعروبة من الأثبات فى قتادة ، وليس هو بدون همام عنه . وقد تابعه جماعة على ذكر الاستسعاء فيه ورفعه إلى النبى صلى الله عليه وسلم وهم جرير بن حازم وأبان بن يزيد العطار وحجاج بن أرطاة ويحيى بن صبيح الخراسانى . وقال الشيخ تقى الدين : وقد أخرجه الشيخان فى صحيحيهما ، وحسبك بذلك : يعنى برفعهما الاستسعاء . وفى المسئلة مذاهب أخرى ضعيفة : مثل أنه لايعتق شىء أصلا ولو بإذن الشريك ، وأنه لايعتق الباقى ويستمر على مماوكيته ، وأن له التضمين وإن كان معسرا ، وهو منقول عن زفر وبشر المريسى ، وأنه يعتق الباقى من بيت المال وهو قول ابن سيرين (قوله ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت) وهو ظاهر الرواية ، وهو قول الشافعى ومالك وأحمد ، وفى رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخام وثياب البدن (لايسار الغنى) أى الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشايخ (لأن بيسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين) جانب المعتق وجانب الساكت لأن مقصود المعتق القربة وتتميمها بضمانه

بالشرط يقتضى الوجود عند الوجود ولا يقتضى العدم عند العدم . فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وإن كان موسرا . وقد وجد ذلك على ماذكرنا من وجه أبى حنيفة . وقوله (ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لايسار الغنى وهو ملك النصاب) هذا هو ظاهر الرواية . ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن . والحسن قد روى استثناءه . وتعتبر قيمة العبد فى الضمان والسعاية يوم العتق . وكذا حال المعتق فى يساره وإعساره . فإن قال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الساكت بخلافه نظر إليه يوم ظهر العتق كما فى الإجارة إذا اختلفا فى انقطاع الماء وجريانه . وقوله لايسار الغنى إشارة إلى نفى ماذهب إليه بعض أصحابنا أن الشرط يسار الغنى ، حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو أقل من النصاب كان معسرا اعتبارا لليسار المعهود . وقوله (لأن به) أى بيسار التيسير (يعتدل النظر من الجانبين) جانب المعتق والساكت (بتحقيق ماقصده المعتق من القربة وإيصال بدل حق الساكت إليه) وهذا لأن قصد المعتق بالإعتاق القربة ، وتمام ذلك بعتق مابقى وذلك إنما يحصل بإيصال حق الساكت إليه ، وإذا ملك مقدار حقه من المال تمكن من إتمام قصده

ثم التخريج على قولهما ظاهر ، فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه فى حالة اليسار والولاء للمعتق لأن العتق كله من جهته لعدم التجزى . وأما التخريج على قوله فخيار الإعتاق لقيام ملكه فى الباقى إذ الإعتاق يتجزأ عنده ، والتضمين لأن المعتق جان عليه بإفساده نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه ، والاستسعاء لما بينا ،

ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لأنه أسرع من الاستسعاء فكان اعتبار نصاب التيسير أسرع فى تحقيق مقصودهما فوجب . وهذا فى الحقيقة تعليل للنص وإلا فصريح النص أوجب الضمان عند مجرد تملك قيمته الحصة لأنه المراد بقوله عليه الصلاة والسلام «وكان له مال يبلغ ثمن العبد» باتفاق المتكلمين عليه (قوله ثم التخريج على قولهما) أى تخريج تفصيل المسئلة على قولهما (فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية على العبد فى حالة اليسار) فلم يكن الضمان منقولا إليه عما وجب على العبد بل هو شىء واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره . وأما جعلهما الولاء كله للمعتق للحصة فلأن العتق كله من جهته لعدم التجزى فكان إعتاق بعضه إعتاق كله ، ويسعى فى حالة إعساره حرا مديونا . وأما التخريج على قول أبى حنيفة فإثباته خيار الإعتاق للساكت لقيام ملكه فى الباقى إذ الإعتاق منجز عنده فلا يعتق الباقى بعتق المعتق نصيبه (والتضمين) بالجر : أى وخيار التضمين للمعتق (لأن المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه بالبيع والهبة ونحو ذلك) من الوصية والصدقة والإجارة والإعارة والإمهار والاستخدام ونحو ذلك (مما سوى الإعتاق وتوابعه) من التدبير والاستيلاد والكتابة . وقوله (والاستسعاء) بالجر عطفا على التضمين : أى وإثبات خيار الاستسعاء (لما بينا) من أنه احتبس مالية نصيبه عنده ، وإنما يرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت لأنه ملكه بأداء الضمان من وقت الإعتاق فصار كالساكت وللساكت ولاية الاستسعاء ، فكذا لمن قام مقامه وصار كالغاصب إذا قتل المغصوب فى يده وضمن للمالك فإنه يرجع على القاتل لأنه ملكه بالضمان وللمالك التضمين ، فكذا

وإيصال بدل حق الساكت إليه فلا معنى للعدول إلى غيره . وقوله (ثم التخريج على قولهما ظاهر) يعنى إذا علم أن هذه المسئلة مبنية على حرفين : أى أصلين . بقى الكلام فى التخريج وهو على قولهما ظاهر لأن الإعتاق إذا لم يكن متجزئا كان المعتق موقعا للعتق فى النصيبين جميعا ويساره مانع عن السعاية فوجب عليه الضمان وانتفت السعاية فلا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه فى حال اليسار للأصل الثانى ، فلو رجع لكان عليه السعاية (والولاء للمعتق لأن العتق كله من جهته) للأصل الأول (وأما التخريج على قوله فخيار الإعتاق) للشريك بناء على الحرف الأول لأن الإعتاق إذا كان متجزئا كان ملكه فى الباقى قائما فجاز إعتاقه . وأما التضمين فلأن المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة . ولقائل أن يقول : التضمين على مذهبه لا يعتمد على أحد الأصلين . أما على الأصل الثانى فظاهر ، وأما على الأصل الأول فلأن التجزى إن لم يكن مانعا عن الضمان فلا يكون موجبا له . والجواب أن الحرفين مبنى المسئلة من حيث المذهبين لا من حيث كل واحد منهما ، والضمان فى مذهبهما معتمد على عدم التجزى لامحالة . على أنا نقول : إن التجزى إن لم يوجب الضمان من حيث هو تجز يوجبه من حيثية أخرى وهو إفساد النصيب فكان معتمدا عليه فى الجملة . وقوله (والاستسعاء) معطوف على قوله والتضمين . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله وله

ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمنا فيصير كأن الكل له وقدعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعى إن شاء ، والولاء للمعتق فى هذا الوجه لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بأداء الضمان . وفى حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه ، وإن شاء استسعى لما بينا ، والولاء له فى الوجهين لأن العتق من جهته ،ولا يرجع المستسعى على المعتق بما أدى بإجماع بيننا لأنه يسعى لفكاك رقبته أو لايقضى دينا على المعتق إذ لاشىء عليه لعسرته ، بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى فى رقبة قد فكت أو يقضى دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه . وقول الشافعى رحمه الله فى الموسر كقولهما . وقال فى المعسر : يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لأنه لاوجه إلى تضمين

للغاصب ، ولأنه بذلك يصير كعبد خاص به أعتق بعضه فله عتق الباقي أو استسعاؤه . وقوله (ضمنا) جواب عن سؤال هو أن معتق البعض كالمكاتب وهو لايقبل النقل من ملك إلى ملك ، فأجاب بأن ذلك فى الملك قصدا حتى لو باع الساكت نصيبه من المعتق لايجوز عند أبى حنيفة لأنه تمليك قصدا . ولا يلزم من عدم الثبوت قصدا عدمه ضمنا (والولاء للمعتق فى هذا الوجه لأن العتق كله من جهته لأنه ملكه بالضمان) غايته أن بعضه ببدل وهو لايمنع الولاء (و) أما (فى حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه وإن شاء استسعى لما بينا) من احتباس ملكه (والولاء له) أى للساكت : أى مشتركا بينه وبين المعتق (فى الوجهين) أى فى الإعتاق والاستسعاء (ولا يرجع المستسعى) على المفعول : أى العبد (على المعتق بشىء بإجماع بيننا) خلافا لابن أبى ليلى فإنه يرجع عنده على المعتق إذا أيسر ، وإنما لايرجع بالاتفاق ، أما على قوله فإنه يسعى لفكاك رقبته ، وأما على قولهما فلأنه إن لم يكن ساعيا لفكاك رقبته فليس هو بسعايته يقضى دينا على المعتق إذ لاشىء على المعتق إذا كان معسرا (بخلاف) العبد (المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى فى رقبة قد فكت أو يقضى دينا على الراهن فلذا يرجع على المعتق) إذا أيسر ، ونظير الأول ما إذا أعتق أمته على أن تتزوجه فأبت تسعى فى قيمتها وهى حرة ، وكذا لو أعتقها على خمر مثلا تسعى فى قيمتها وهى حرة ، وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت عتق ويسعى فى قيمته وهو حر عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وعند محمد وزفر تجب عليه قيمة الجارية ، بخلاف المريض إذا أعتق عبده فإنه يسعى وهو رقيق لأن تصرف المريض فيما لايحتمل النقض موقوف عنده (وقول الشافعى فى الموسر كقولهما . وقال فى المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب) وهذا قول للشافعى (وجهه) عنده (أنه لاوجه لتضمين

أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد وهو مبنى على الأصل الثانى (ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك) أى أخذ القيمة (بالاستسعاء) بناء على الأصل الثانى ، فكذا من قام مقامه كالمدبر إذا قتل فى يد الغاصب وضمن القيمة كان له أن يرجع بما ضمن على القاتل (ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمنا فصار كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعى إن شاء) وقوله ضمنا جواب عما يقال المكاتب لايقبل النقل والمستسعى كالمكاتب فكيف قيل ذلك . وتقريره أن ذلك ضمنى والضمنيات لاتعتبر . وقوله (والولاء للمعتق فى هذا الوجه) يعنى إذا ضمن المعتق وهو ظاهر . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله احتبست مالية نصيبه . وقوله (ولا يرجع المستسعى على المعتق) ظاهر ، وقد قدمناه جوابا لسؤال . قوله (وقول الشافعى فى الموسر) بيان لموضع خلاف الشافعى ، فإنه ذكر فى أول الباب مطلقا فاحتاج إلى أن يبينه ههنا . وقوله

(قوله وقد قدمناه جوابا لسؤال) أقول : أراد ماتقدم فى ذلك الورق وهو قوله قيل عليه ، إلى قوله : وأجيب بأن عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان .

الشريك لإعساره ولا إلى السعاية لأن العبد ليس بجان ولا راض به ، ولا إلى إعتاق الكل للإضرار بالساكت فتعين ماعيناه . قلنا : إلى الاستسعاء سبيل لأنه لايفتقر إلى الجناية بل تبتنى السعاية على احتباس المالية فلا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها فى شخص واحد . قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما فى نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبى حنيفة رحمه الله) وكذا إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا . لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتبا فى زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق فى حق نفسه فيمنع من استرقاقه

الشريك لإعساره ولا لاستسعاء العبد لأنه ليس بجان ولا راض به ، ولا لإعتاق الكل لأنه إضرار بالساكت فتعين ماعيناه . قلنا : نختار أن يستسعى) قوله غير جان الخ. قلنا لا يفتقر إلى الجناية ، بل مدار لزومه احتباس المالية عنده كما ذكرنا فى صبغ الثوب المطار . وقد يتمسك له بما روى من الزيادة فى قوله فقد عتق منه ماعتق ورق مارق . ويدفع بأنها كما قال أهل الشأن ضعيفة مكذوبة ، ولو ثبت لزم كون المراد بالرق فيها الملك مجازا لامتناع اتصاف الجزء الشائع بالقوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها فى شخص واحد. والحق أنه لايحتاج إليها بل بقوله «عتق منه ماعتق» كفاية ، فإنه إذا لم يعتق إلا ذلك القدر ، إن لم يلزم بقاء الباقى رقيقا يلزم بقاؤه مملوكا والملك هو المطلق للتصرف. والجواب أن ما فى حديث أبى هريرة المتقدم من قوله «فعليه خلاصه فى ماله إن كان له مال وإلا استسعى غير مشقوق عليه » يوجب استسعاءه عند إعساره ، ولااعتراض على الشارع مع أن وجهه ماقدمنا. واعلم أنه نقل عن بعض العلماء النافين صحة رواية الاستسعاء أن المراد بها على تقدير صحتها أنه يستسعى إن اختار ذلك ، وأن هذا هو معنى قوله غير مشقوق عليه . والأوجه الاستدلال بما قدمنا من قوله «ليس لله شريك» فإنه يفيد تنجيز العتق كله كما قالا أو عدم تقرره وهو الأولى . وإذا لم يقرر ولا ضمان على المعسر لزم الاستسعاء وإلا بطل حقه مجانا جبرا بفعل غيره ولا نظير له فى الشرع ، والاستسعاء بلا جناية فى الشرع ثابت كما فى العبد المرهون إذا أعتقه سيده المعسر ، ولأن الشرع اضطره إلى فكاك رقبته حيث حكم ، وله ولاية الإيجاد والإعدام بنفاذ عتق ذلك القدر ، وأن لايقر الباقى فى الملك ولا يذهب مال الساكت بفعل غير مختار فيه ، وللشافعى قول آخر هو كقولهما فى اليسار والإعسار ، واختاره المزنى من أصحابه(قوله ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما فى نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبى حنيفة) وعتق (وكذا إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار) العبد بذلك (مكاتبا له) أى فى حكم المكاتب (ويزعم أنه حرم عليه استرقاقه فيصدق فى حق نفسه فيمنع من استرقاقه

(ولا راض به) أى بالإعتاق لأن الرضا إنما يتحقق بعد العلم والمولى منفرد بالإعتاق ولايكون العبد عالما به فلا يكون راضيا . وقوله (فتعين ماعيناه) يعنى عتق ماعتق ورق ما رق (وقلنا إلى الاستسعاء سبيل لأن الاستسعاء لايفتقر فى وجوده إلى الجناية) كما فى إعتاق العبد المرهون إذا كان الراهن معسرا (بل ينبنى على احتباس المالية) وهو موجود كما تقدم غير مرة ، وإذا كان إلى الاستسعاء سبيل لايصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية الحاصلة من إعتاق البعض والضعف السالب لها بصحة البيع وأمثاله فى شخص واحد . قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه) كلامه واضح إلا مانبه عليه . قوله (بالعتق) أى بالإعتاق . وقوله (فى زعمه) أى فى زعم كل واحد منهما . وقوله (فيصدق) يعنى كل واحد منهما فى حق نفسه .

ويستسعيه لأنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا لأنه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه ، ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه فى الحالين فى أحد شيئين ، لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده ، وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك

ويستسعيه) إن شاء أو يعتقه (لأنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان) فى دعواه عتق الشريك (أو صادقا لأنه مكاتبه) إن كان صادقا (أو مملوكه) إن كان كاذبا (فلهذا يستسعيانه) أما فى الصدق فظاهر ، وأما فى الكذب فلتمكن الإنسان من أمر عبده أن يسعى ويأتيه بأكسابه (ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه) أى حق كل منهما (فى الحالين) حال يسار الآخر وإعساره (فى أحد شيئين) السعاية أو التضمين إلا أن فى اليسار حقه فى أحدهما من التضمين والسعاية غير عين وفى الإعسار حقه فى أحدهما عينا وهو السعاية ، وهذا (لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده) أى عند أبى حنيفة (وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك) الإعتاق ، وشهادة الآخر ليست

وقوله (لأنه مكاتبه) أى على تقدير الصدق . وقوله (أو مملوكه) يعنى على تقدير الكذب فهو لف ونشر مشوش ، وإنما تيقنا بحق الاستسعاء على التقديرين لأن المولى إذا كان كاذبا فى قوله أعتق شريكى نصيبه يكون الكسب للمولى ، والمراد بالاستسعاء هو أن يكون الكسب للمولى ، وإذا كان صادقا فى قوله أعتق الشريك يكون مقرا بأن العبد صار مكاتبا باعتبار تجزى الإعتاق عند أبى حنيفة فكان الاستسعاء حينئذ بمنزلة أخذ بدل الكتابة وذلك أيضا جائز . وقوله (لأن حقه فى الحالين) أى لأن حق المولى فى حال اليسار والإعسار (فى أحد شيئين) أى التضمين أو الاستسعاء . وقوله (وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك) اعترض عليه بأنه لم يتعذر التضمين على تقدير التحليف فإنه لما أنكر يحلف ، فإذا نكل وجب الضمان . وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما أنه أعتقه صاحبه يحلف ولم يجب الضمان على تقدير الحلف فتتعين السعاية فلا فائدة فى التحليف بل تتعين السعاية بلا تحليف لأن

(قوله وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما الخ) أقول : ولك أن تقول من أين علم أن اعتقاد كل منهما ذلك فيجوز أن يكون خبره غير مطابق لاعتقاده . لا يقال : وضع المسألة فيه ، ألا ترى إلى قوله شهد فإن الشهادة هى الإخبار الذى يكون عن مواطأة قلب ، لأنه لو سلم أن معناها ما ذكرته فالقاضى يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر . قال ابن الهمام بعد تقرير جواب الشارح : وهذا صريح فى أن لا تحليف فى المسألة وحينئذ لا معنى لقوله فى الكتاب كاذبا كان أو صادقا ، بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما . وقال شارح : هذا كله أى تعين استسعائهما العبد الخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لأن كلا يدعى على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب فى الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما العبد أنه فيما إذا لم يترافعا إلى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر ، فإن هذه ليس حكمها إلا الاستسعاء ، أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فإن القاضى لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا لا يسترق لأن كلا يقول إن صاحبه حلف كاذبا ، واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه ، ولو اعترفا أنهما أعتقا معا أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر إن كانا موسرين ، ولا يستسعى العبد لأنه عتق كله من جهتهما ، ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأن فيه فائدة ، فإنه إن نكل صار معترفا أو باذلا فصارا معترفين فلا يجب على العبد سعاية كما قلنا اهـ . فى قوله وهذا صريح فى أنه لا تحليف فى المسألة وحينئذ لا معنى لقوله فى الكتاب كاذبا كان أو صادقا ، بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما الخ بحث لأن الصدق ليس مطابقة الحكم للاعتقاد بل للواقع والإقدام على اليمين بناء على الاعتقاد تأمل (قوله أنه أعتقه صاحبه يحلف الخ) أقول : من أين علم أنه يحلف فإنه يجوز أن ينكل والنكول بذل عند أبى حنيفة ثم لا يحلف على فعل صاحبه بل على فعل نفسه . والجواب أنه يحلف على الحاصل بأنه ليس له على حق التضمين فليتأمل .

فتعين الآخر وهو السعاية ، والولاء لهما لأن كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه وولاؤه له ، وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن كانا موسرين فلا سعاية عليه) لأن كل واحد منهما ، برأ عن سعايته بدعوى العتاق على صاحبه لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ، إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لإقراره على نفسه (وإن كانا معسرين سعى لهما) لأن كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا على مابيناه إذ المعتق معسر (وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما) لأنه لايدعى الضمان على صاحبه لإعساره ، وإنما يدعى عليه السعاية فلا يتبرأ عنه (ولا يسعى للمعسر منهما) لأنه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية ، والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لأن كل واحد منهما يحيله على

نافذة عليه لأنه فرد ويشهد لنفسه ، ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهم على الآخر أنه أعتق لم تقبل للمعنى الثاني فإنهما يثبتان لأنفسهما حق التضمين أو يشهدان لعبدهما ، وإنما أثبتنا ما أثبتنا في المسئلة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بحرمة استرقاقه ضمنا للشهادة (فتعين السعاية) وهو عبد عند أبي حنيفة حتى يؤدى لأن المستسعى كالمكاتب . وأورد أن التضمين غير متعذر لأنه لما أنكر يحلف ، فإن نكل جاز التضمين . وأجيب بأنه لما كان اعتقاد كل أن صاحبه هو الذى أعتقه يحلف ولا يجب الضمان فلا فائدة في التحليف لأن المآل إلى السعاية ، وهذا صريح في أن لاتحليف في المسئلة وحينئذ لامعنى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا ، بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما . وقال شارح : هذا كله أي تعين استسعائهما العبد الخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لأن كلا يدعى على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه ، فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد أنه فيما إذا لم يترافعا إلى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فإن هذه ليس حكمها إلا الاستسعاء ، أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فإن القاضي لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا لايسترق لأن كلا يقول إن صاحبه حلف كاذبا واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه ، ولو اعترفا أنهما عتقا معا أو على التعاقب وجب أن لايضمن كل الآخر إن كانا موسرين ، ولا يستسعى العبد لأنه عتق كله من جهتهما ، ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأن فيه فائدة ، فإنه إن نكل صار معترفا أو باذلا فصارا معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا (قوله وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانا موسرين فلا سعاية عليه) لواحد منهما (لأن كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته) وإنما يدعى الضمان على صاحبه (لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما إلا أن الدعوى لم تثبت عليه لإنكاره والبراءة من السعاية قد ثبتت لإقراره على نفسه) بثبوت سببها حيث أقر بعتق الشريك مع يساره (وإن كانا معسرين سعى لهما لأن كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا) لفرض أن المعتق معسر . وقوله (على مابيناه) أي من أن العبد مملوكه أو مكاتبه إلا أن عندهما لايكون مكاتبا بل حر مديون (وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لأنه لايدعى الضمان على صاحبه لإعساره وإنما يدعى السعاية عليه فلا يتبرأ عنه ، ولا يسعى للمعسر لأنه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد من السعاية ، والولاء موقوف في جميع ذلك لأن كل واحد منهما يحيله)

مآله إليه . وقوله (على مابيناه) يريد به قوله لأنا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا ، كذا في النهاية .

صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما (ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حرّ ، وقال الآخر إن دخل فهو حرّ فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما فى النصف الآخر ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد : يسعى فى جميع قيمته) لأن المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول ، ولا يمكن القضاء على المجهول

أى يثبته (لصاحبه) حيث ادعى أنه هو الذى أعتق والعتق لا يتجزأ : أى لا يثبت به إلا ما لا يتجزأ أصلا من زوال الرق (وهو) أى صاحبه (يتبرأ عنه فيبقى موقوفا إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما) فلو لم يتفقا حتى مات وجب أن يأخذه بيت المال (قوله ولو قال أحد الشريكين) فى عبد (إن لم يدخل فلان) يعنى العبد (الدار غدا فهو حرّ وقال الآخر إن دخلها غدا فهو حرّ ، فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما فى النصف الآخر) بينهما (وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف) على تفصيل يقتضيه مذهب أبى يوسف وهو أنه إنما يسعى فى النصف لهما إذا كانا معسرين ، فلو كان أحدهما موسرا يسعى فى الربع للموسر ، ولو كانا موسرين لا يسعى لأحد ، وإليه أشار المصنف بعد هذا بقوله ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذى سبق ، فإنما جمع بينه وبين قول أبى حنيفة فى أنه لا يجب إلا النصف (وقال محمد : يسعى فى جميع قيمته) لهما إن كانا معسرين ، وبنصفه للموسر إن كان أحدهما معسرا ، ولا يسعى فى شىء إن كانا موسرين ، وهذه على وزان المسألة السابقة أعنى إقرار كل منهما أنه هو الذى أعتق ، وهناك إذا كان أحدهما معسرا والآخر موسرا لا يسعى إلا للموسر ، فكذا هذا ، وهذا لأن الذى يأخذ السعاية أبدا يكون هو الساكت والآخر معتق ، فإذا كان أحدهما موسرا فإنه يتبرأ من تضمين المعسر فيأخذ السعاية وعلى إنزال المعسر هو الساكت فزعمه أن لا سعاية له على العبد وإنما حقه فى تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك فى أن العتق من جهته بمباشرة شرطه أو من جهة الآخر فتعذر عليه الوصول إلى شىء مطلقا كما لو كانا موسرين فإن كلا يزعم أن حقه تضمين الآخر ليس غير وهو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية (قوله لأن المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول) وهو الذى تحقق شرطه الذى علق عليه عتق العبد (ولا يمكن القضاء على المجهول) ولا التوزيع لأنه يؤدى إلى إسقاط بعض حق من له الحق وهو الذى لم يقع شرطه ولم يعتق العبد من جهته وإعطائه لغير مستحقه وهو الذى وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المبهم

وقيل هو إشارة إلى قوله لأنه مكاتبه أو مملوكه (ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حرّ وقال الآخر إن دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما فى النصف ، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف) لكن عند أبى حنيفة لا فرق بين أن يكونا موسرين أو معسرين أو كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لأن يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد ، فحالهما فى استحقاق النصف الباقى على السواء . وعند أبى يوسف : إن كانا معسرين فكذلك ، وإن كانا موسرين لم يسع الواحد منهما فى شىء لأن كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية ويدّعى الضمان على شريكه لأن يسار المعتق يمنع السعاية ، وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى فى ربع قيمته للموسر منهما لأن المعسر يدعى الضمان على شريكه ويتبرأ عن سعاية العبد فتسقط حصته عنه ، والموسر يدعى السعاية على العبد فيسعى له فى حصته (وقال محمد رحمه الله : يسعى فى جميع قيمته) بينهما نصفين إن كانا معسرين وإن كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شىء . وإن كان أحدهما موسرا

فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لايقضى بشىء للجهالة ، كذا هذا . ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث بيقين ، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل ، والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع . كما إذا أعتق أحد عبديه لابعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر أو البيان ، ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لايمنعها على الاختلاف الذى سبق (ولو حلفا على عبدين كل واحد

لأنه غير واقع فى المعين فلم ينافه التوزيع (فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف فإنه لايقضى بشىء للجهالة) فكذا لايقضى بسقوط شىء لذلك ، وإذا لم يحكم بسقوط شىء وجب الكل (قوله ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث بيقين ، ومع التيقن بالسقوط كيف يقضى به . والجهالة) المانعة من القضاء بالسقوط (ترتفع بالشيوع) أى شيوع النصف الذى عتق فى نصيب الشريكين (وتوزيعه) عليهما فصار المقضى عليه بالسقوط المولبين فلا جهالة فى المقضى عليه ، وإنما تلزم لو قضى على أحدهما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم أولوية أحدهما بتمامه وكون التعيين فى نفس الأمر يمنع التوزيع منتف بما فى كتاب التحرى : عشرة رجال لكل منهم جارية أعتق أحدهم جاريته ثم صار لايدرى المعتق ولا المعتقة ثم اجتمعن فى ملك واحد ثم مات فإنه يحكم بعتقهن وتسعى كل واحدة فى تسعة أعشار قيمتها . وصار (كما إذا أعتق أحد عبديه لابعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر) فى الثانى (أو البيان) فى الأول فإن العتق يوزع عندنا لعدم الأولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى فى قيمة نصفه للورثة . وقيد موته معتبر لأنه إذا لم يمت إنما يطالب بالبيان خلافا للشافعى فى أنه يقرع بينهما فى قول . وفى قول الوارث يقام مقامه فإنه إثبات الوراثة فيما لم يجعل الشرع فيه وراثة فى الثانى وإسقاط جميع حق المستحق فى الأول وإسقاط بعضه للضرورة أولا . وقيل إن الجهالة فى المقضى عليه لاتمنع القضاء إذا كان المقضى له معلوما بدليل أن من طلق إحدى نسائه الأربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر للتيقن به وإن كان المقضى عليها منهن مجهولة ، لكن لما كان المقضى له معلوما جاز القضاء ، كذا هنا المقضى له معلوم وهو العبد . وهذا ولايخفى أن من صورة المسئلة أن يتفقا على ثبوت الملك لكل إلى آخر النهار (قوله ولو حلفا على عبدين الخ) يريد أن يفرق بين السابقة ، وهى ما إذا حلف كل من رجلين على عبد واحد . وهذه وهى ما إذا حلف كل على عبد له غير الآخر فقال أحدهما : إن دخل فلان غدا فعبدى حر وقال

والآخر معسرا سعى فى نصف قيمته للموسر منهما لأن المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدعيها ، فإن يسار المعتق عنده أيضا يمنع وجوب السعاية . وجه قول محمد فيما إذا كانا معسرين وأن المقضى عليه بسقوط حقه فى السعاية وهو الحانث منهما مجهول . والمجهول لايجوز القضاء عليه (فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لايقضى عليه بشىء للجهالة كذا هذا . ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث بيقين ، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل ، والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع) جواب عن قوله المقضى عليه مجهول . فإن قيل : فى التوزيع فساد وهو إسقاط السعاية عن غير المعتق وإيجابه للمعتق . أجيب بأن ذلك متحمل ضرورة دفع الضرر عن العبد ، وذلك لأنا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد كان فيه إبطال حق العبد من كل وجه ، وأما إذا قلنا بالتوزيع فقد كان فيه إبطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع أولى . وقوله (ويتأتى التفريع فيه) قد أمضيناه فى أثناء الكلام . وقوله (ولو حلفا على عبدين) ظاهر ،

منهما لأحدهما بعينه لم يعتق واحد منهما) لأن المقضى عليه بالعتق مجهول ، وكذلك المقضى له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء ، وفى العبد الواحد المقضىّ له والمقضى به معلوم فغلب المعلوم المجهول (وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب) لأنه ملك شقص قريبه وشراؤه إعتاق على مامر (ولا ضمان عليه) علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم (وكذا إذا ورثاه ، والشريك بالخيار إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى العبد) وهذا عند أبى حنيفه رحمه الله . وقالا : فى الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسرا ، وإن كان معسرا سعى الابن فى نصف قيمته لشريك أبيه ، وعلى هذا الخلاف إذا ملكا ، بهبة أو صدقة أو وصية ، وعلى هذا إذا اشتراه رجلان وأحدهما قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه .

الآخر إن لم يدخل فلان فعبدى حر فضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه (لم يعتق واحد منهما) ولا شىء منهما فى قول الكل (لأن المقضى عليه) بعتق عبده وهو أحد المولين (مجهول والمقضى له وهو المعتق مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء) ولو اشتراهما إنسان صح وإن كان عالما بحنث أحد المالكين لأن كلا منها يزعم أنه يبيع عبده ، وزعم المشترى فى العبد قبل ملكه له غير معتبر ، كما لو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح ، وإذا صح شراؤه لهما واجتمعا فى ملكه عتق عليه أحدهما لأن زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان لأن المقضى عليه معلول . ولو قال عبده حرّ إن لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق إن كان دخل اليوم عتق وطلقت ، لأن باليمين الأول هو مقرّ بوجود شرط الثانية ، وبالثانية صار مقرّ بوجود شرط الأولى . وقيل لم يعتق ولم تطلق لأن أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجود ه ، وكل منهما يحتمل تحققه وعدم تحققه . قلنا : ذاك فى مثل قوله إن لم يدخل فعبدى حرّ ، بخلاف إن لم يكن دخل فإنه يستعمله الممارى فى الدخول وعدمه فى الماضى لتحقيق الدخول فيه ، وحقيقة شرطه ظهور أنه لم يدخل فى الماضى ، وكذا إن كان دخل بخلاف إن دخل . وعن أبى يوسف يعتق ولا تطلق لأنه باليمين الثانية صار مقرًا بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية مايوجب إقراره بنزول الطلاق (قوله وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما) بعقد واحد بأن خاطب البائع الأب والآخر معا بأن قال بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا (عتق نصيب الأب لأنه ملك شقصا من ابنه) فيعتق عليه ثم لايضمن لشريكه شيئا ، ولو كان موسرا سواء علم الشريك أنه ابن الآخر أو لم يعلم ، ولكن يسعى العبد فى نصف قيمته لشريك أبيه إن شاء وإن شاء أعتقه (وهذا عند أبى حنيفة) وأجمعوا أنهما لو ورثاه لايضمن الأب ، وكذا فى كل قريب يعتق وهو قول الشافعى ومالك وأحمد رحمهم الله لعدم الصنع منه ولفظ الحديث : أعنى قوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق شركا له الخ» يفيد كون العتق اختياريا (وقال : فى الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسرا . وإن كان معسرا سعى الابن فيه ، وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة) معا (أو صدقة أو وصية وعلى هذا) الخلاف أيضا (إذا اشتراه رجلان أحدهما حلف بعتقه إن اشترى نصفه) أما لو حلف بعتقه إن اشتراه لايعتق لأنه لم يوجد الشرط وهو

وكذلك قوله وإذا اشترى الرجلان إلا ماذكره . قوله (ولا ضمان عليه) أى على الأب . وقوله (وكذا لو ورثاه) يعنى بالاتفاق . وصورته امرأة اشترت ابن زوجها فاتت عن أخ وزوج كان النصف للزوج ويعتق عليه ، أو امرأة لها زوج وأب ولها غلام وهو أبو زوجها فاتت المرأة صار غلامها ميراثا بين زوجها وأبيها . وقوله (وقالا فى الشراء) إشارة إلى ماذكرناه من الاتفاق فى صورة الإرث . وقوله قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه) إنما قيد

لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق لأن شراء القريب إعتاق ، وصار هذا كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه ، وله أنه رضى بإفساد نصيبه فلا يضمنه ، كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحا ، ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا ،

شراء كله (لهما أنه) أى الأب (أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق) الاختيارى لترتبه على الشراء وهو اختيارى وشراء القريب إعتاق (وصار كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه) لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختارا فيه. وله أن شرط التضمين مع العتق الاختيارى أن لايكون برضا من له حق التضمين ، ولما باشر العقد معه مختارا وهو علة الملك الذى هو علة العتق ، والحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة كان راضيا بإفساد نصيب نفسه فلا يضمنه ، فصار كما إذا أذن له بإعتاقه صريحا. وعلم مما ذكر أن المراد من العلة فى قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة ، والدليل على أن إعتاقه يثبت اختياريا بالشراء أنه يخرج به عن عهدة الكفارة إذا نوى بالشراء عتقه عنها ، وهذا بخلاف مالوقال أحد الشريكين للآخر إن ضربته فهو حر فضربه عتق نصيبه ، فإن له أن يضمنه ، ولم يعتبر رضاه بمباشرته شرط العتق رضا بالعتق لأن وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هى قول الشريك هو حر الواقع جزاء للشرط ، بخلاف قبول الإيجاب فى البيع لأنه مباشرة العلة لأن العلة هو العقد ، وكل من باشره فهو مباشر علة العتق . ولو قيل سلمنا أنه ليس بعلة أليس أنه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والمدار هو وجود دلالة الرضا. قلنا : لاشك أن له تأديب عبده إذا اقتضاه حاله ، ومنعه منه ضرر لايلزمه بإلزامه إياه ، فحلفه عليه أن لايضربه ظلم منه ، فلا يصح أن يقال إن لم يلتزمه يبطل حقه فى التضمين لكنه يقتضى أنه لو قال إن ضربت هذا العبد اليوم ظلما فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه ، وإطلاق الجواب بخلافه . وأما ما أورد من منع أن مباشرته للعقد رضا لأنه ضرر والعاقل لايرضى به ولأن وضعه لإثبات ملكه لا لزواله فمدفوع بالضرورة ، لأن من علم أن عند فعل كذا يثبت كذا ثم فعله مختارا جزم العقل بأنه رضا منه بما يترتب عليه ، وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه إثبات مايترتب عليه ، وللعاقل فى ذلك أغراض صحيحة دنيوية من استفادة المدح والولاء ، وقد تكون قيمته أكثر من الثمن وأخروية من الأجر . لايقال : رضا الأب بالشراء رضا بالإعتاق والرضا بالإعتاق رضا بالضمان . وأبو حنيفة رحمه الله يثبته إذا كان المعتق موسرا واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه ؟ لأنا نقول : كونه رضا بالضمان لايوجب إمكان تضمين الآخر له ، إلا إذا لم

بالنصف ، لأنه إذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر لايعتق عليه لأن الشرط شراء كل العبد ولم يوجد . ووجه قولهما على ماذكره فى الكتاب ظاهر . ووجه قوله ماذكره فيه . وتقريره الشريك الآخر رضى بإفساد نصيبه ومن رضى بذلك لايضمن المفسد (كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك) أى الدليل على رضاه بإفساد نصيبه (أنه شاركه فيما هو علة العتق ، وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا) والمشاركة فى علة العتق رضا بالعتق لا محالة ، والمراد بالعلة علة العلة لأن الشراء علة التملك والتملك فى القريب علة العتق ، والحكم يضاف إلى علة العلة إذا لم تصلح العلة للإضافة إليها ، وههنا كذلك لأن التملك حكم شرعى

(قوله لأنه إذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر) أقول : الظاهر أن يقال لأنه إذا حلف بعتقه بعد أن اشتراه بدل قوله ثم اشتراه بشركة الآخر الخ ، ولم توجد هذه العبارة فى النسخ التى رأيناها غير هذه النسخة ولابد منها أو مايفيد معناها .

وهذا ضمان إفساد فى ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار فيسقط بالرضا ، ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه ، وهو ظاهر الرواية عنه لأن الحكم يدار على السبب ، كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه

يكن رضا بإعتاقه كما ذكرنا . وأما إيراده على قولهما هكذا الإعتاق لا يتجزأ على قولهما فإعتاق البعض إعتاق الكل ، ولا يمكن إعتاق الكل إلا بتملك نصيب الآخر ، ولا يملك إلا بالضمان . والجواب أنه تملك ضمنى فلا توجه له هنا (قوله وهذا ضمان إفساد) جواب عما يقال كونه رضى بإعتاق شريكه لا يوجب إسقاط الضمان كما لو استولد الأمة بإذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال ذلك فى ضمان التملك وما نحن فيه ضمان إفساد ، وبسطه أن الضمان فى العتق ضمانان ضمان تملك ولا يسقطه الرضا بسببه وذلك ضمان الاستيلاد ، فلو استولد أحد الشريكين الجارية بإذن شريكه لا يسقط ضمانها له ، ومن حكم ضمان التملك أيضا أنه يثبت مع اليسار والإعسار ، وإنما جعلنا ضمان الاستيلاد ضمان تملك لأن وضع الاستيلاد لطلب الولد وهو يستدعى التملك فأثبتناه . وضمان إتلاف وهو ضمان الإعتاق . ويقال ضمان جناية وليس بصواب لأنه لا جناية فى عتق الإنسان ما يملكه الله سبحانه وتعالى حتى يثاب عليه ثم يفسد به نصيب الشريك ، فصح أن يقال ضمان إتلاف وضمان إفساد وإن لم يكن عليه إثم فى هذا الإفساد نعم لو قصد بعتقه قصدا فاسدا أثم به أما وضع العتق فليس مقتضيا لزومه ، ثم كون ضمان الإعتاق ضمان إتلاف هو ظاهر الرواية عن علمائنا ويختلف باليسار والإعسار بالنص ، بخلاف القياس ، ولا يختلف الجواب بين علم الشريك بالأبنية وعدمها . وروى عن أبى يوسف أنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار. وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه فصل بين كون الشريك عالما بالأبنية فلا يضمن الأب أو غير عالم فنضمنه ، لأن رضاه لا يتحقق إذا لم يكن عالما . وفى ظاهر الرواية لا فرق بينهما لأن المسقط لحقه فى التضمين مباشرته لسبب إسقاطه فلا يختلف بعلمه وجهله ، كما إذا أطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم أنه ماله سقط تضمينه الغاصب . والنظير المذكور فى الكتاب ما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر به حاله فإنه ليس له أن يضمن الآكل إذا علم مستقيم أيضا ، وإنما قلنا على خلاف القياس لأن القياس أن لا يختلف ضمان الإتلاف باليسار والإعسار ، ألا يرى أن من أتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسرا. فإن قلت : قد أسلفت أن القياس ليس إلا الاستسعاء لأن العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا أن القياس هو

يثبت بعد مباشرة علته بغير اختيار ، بخلاف الإرث فإنه لا إعتاق هناك ولهذا لا يخرج به عن الكفارة. وقوله (وهذا ضمان إفساد) يجوز أن يكون جوابا عما يقال إنما كان الرضا مسقطا للضمان أن لو كان ضمان إفساد ، وأما إذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما إذا استولد أحد الشريكين الجارية بإذنه فإنه لا يسقط به الضمان لأنه ضمان تملك إذ الاستيلاد موضوع لطلب الولد لا للعتق ، فلا يمكن أن يجعل الواجب به ضمان عتق وهو غير موضوع له فكان ضمان تملك. ووجه الجواب أنه ضمان إفساد فى ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار فيسقط بالرضا ، وإنما قيد بقوله فى ظاهر قولهما لأنه روى عن أبى يوسف أن هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار فلا يسقط به الضمان . وقوله (ولا يختلف الجواب بين العلم) أى بالقرابة (وعدمه فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله لأن الحكم يدار على السبب) أى العلة (كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه) والسبب قد وجد بما مر. وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه فصل بين ما إذا كان عالما بالقرابة وبين ما إذا لم يكن عالما

(وإن بدأ الأجنبى فاشترى نصفه ثم اشترى الأب نصفه الآخر وهو موسر فالأجنبى بالخيار إن شاء ضمن الأب) لأنه مارضى بإفساد نصيبه (وإن شاء استسعى الابن فى نصف قيمته) لاحتباس ماليته عنده . وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده . وقالا : لاخيار له ويضمن الأب نصف قيمته لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : يضمن إذا كان موسرا) ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده . والوجه قد ذكرناه (وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته قنا ولا يضمن المعتق

التضمين للإتلاف . قلنا : قد حكى خلاف فى القياس ما هو على الوجهين المذكورين للوجهين المذكورين . ولا شك أن كون القياس الاستسعاء هو أقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا يثاب عليه ، وكل منهما غير صحيح فى نفس الأمر لفرض ورود النص على خلاف إطلاق مقتضاهما من الاستسعاء وإنما التضمين دائما . وكل قياس خالفه النص فهو باطل سواء ظهر للمجتهد القياس الصحيح الموافق للنص أو خفى عليه . والقياس الصحيح هنا هو على من شرع فى صوم التطوع أو صلاته قادرا على إتمامه حيث يجب عليه إتمامه ، فإن لم يقدر لم يجب ووجب له أجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع إليه (قوله وإن بدأ الأجنبى فاشترى نصفه ثم اشترى الأب النصف الآخر وهو موسر فالأجنبى بالخيار إن شاء ضمن الأب قيمة نصيبه لأنه مارضى بإفساد نصيبه) لأن دلالة ذلك ما كان إلا قبوله البيع معه وهو منتف هنا فلذا وقع اتفاقهم هنا أنه يضمنه (وإن شاء استسعى الابن فى نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده ، وهذا عند أبى حنيفة) وحده بناء على ما تقدم من أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده (وقالا : لاخيار له) أى للأجنبى ، بل يتعين التضمين على مامر من أن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة) للبائع (وقالا : إن كان موسرا يضمن ، ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله والوجه قد ذكرناه) وهو أنه لما باعه منه فقد رضى بعتق نصيبه ولرضا بعتق نصيبه يمنع التضمين وهذا هو المراد بقوله قد ذكرناه وإلا فهو لم يذكر أن البيع ممن يعتق عليه رضا بعتق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو أن الرضا يمنع (قوله وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر) فأراد كل من الساكت وهو الذى لم يعتق ولم يدبر والمدبر الضمان وهما المراد بقوله (فأرادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر) ثلث قيمة العبد قنا ، وليس له أن يضمن المعتق شيئا . وإذا ضمن المدبر الثلث رجع به على العبد إن شاء على وزان ماتقدم فيما إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر حصته

بها فى حكم الضمان لأن الرضا لا يتحقق إلا إذا كان عالما بها . وقوله (وإن بدأ الأجنبى) ظاهر مما تقدم ، وكذلك قوله (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر) وإنما قيد بقوله ممن يملك كله لأنه إذا اشترى نصيب أحد الشريكين منه ضمن للساكت بالإجماع . وقوله (والوجه قد ذكرناه) إشارة إلى قوله لهما أنه أبطل وله أنه رضى . قال (وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان) أى أراد ، لأن مريد الضمان إنما هو الساكت والمدبر دون المعتق ، فكان المراد بالجمع التثنية ، أو أطلق الجمع بطريق التغليب (فللساكت أن يضمن المدبر ولا يضمن المعتق

وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن : وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا العبد كله للذى دبره أول مرة ويضمن ثلثى قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا) وأصل هذا أن التدبير يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما كالإعتاق لأنه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ، ولما كان متجزئا عنده اقتصر على نصيبه ، وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لأن نصيبه باق على ملكه فاسد بإفساد شريكه حيث سدّ عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على مامر ، فإذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر وإعتاق هذا المعتق ، غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل

فضمنه الساكت حيث كان له الرجوع به على العبد عند أبى حنيفة (وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن) أعنى ثلثه قنا (وهذا) كله (عند أبى حنيفة وقالا العبد كله للذى دبره أولا ويضمن ثلثى قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا وأصل هذا) الخلاف (أن التدبير يتجزأ عند أبى حنيفة خلافا لهما كالإعتاق لأنه شعبة من شعب العتق) إذ هو عتق مضاف (فيكون معتبرا به . ولما كان التدبير) متجزئا عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين) حيث امتنع على كل منهما البيع ، وما فى معناه من الهبة والوصية والصدقة والأمهار فثبت لكل منهما خمس خيارات[1]) أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لأن نصيبه باق على ملكه فاسدا بإفساد شريكه حيث سد عليه ماذكرنا ، فإذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت) هو الثالث الذى لم يعتق ولم يدبر (سببا ضمان) أحدهما (تدبير المدبر) الذى أفسد عليه ما أفسد (و) الآخر (عتق هذا المعتق) فإنه تغير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق حيث استحق به العبد خروجه إلى الحرية بالسعاية أو التضمين (غير أن) الساكت له (تضمين المدبر) ليس غير (ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل) فى الضمان لأن به يعتدل جانبا الضامن والمضمون له ، فإنه لما ملك المضمون له بدل ملكه

وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن) وبيان ذلك أن قيمة العبد إن كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فإن الساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة ، وذلك لأن قيمة المدبر ثلثا قيمة القن لما نذكر ، فبالتدبير تلفت منه تسعة فكان الإتلاف بالإعتاق واقعا على قيمة المدبر وهى ثلثا قيمة القن وهى ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة ، فيضمن المدبر المعتق تلك الستة فقط ولا يضمنه التسعة التى هى نصيب الساكت مع تلك الستة التى يضمنه إياها (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : العبد للمدبر ويضمن ثلثى قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا) قوله (وأصل هذا) ظاهر . وقوله (على مامر) إشارة إلى قوله لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة الخ ، وقوله (غير أن له أن يضمن المدبر) بيان حصر الضمان على المدبر بعد ما كان الإعتاق أيضا سبب ضمان ، وتقرير ذلك أن ضمان المدبر ضمان معاوضة

(قال المصنف : غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة) أقول : يعنى ثبت ضمان المعاوضة فى ضمن ضمان الإفساد . لايقال إذا كان ضمان معاوضة ينبغى أن لايختلف باليسار والإعسار كما فى سائر المعاوضات لأنه ضمان إفساد يتضمن ضمان المعاوضة ولامعتبر بالضمنيات فليتأمل .

---

[1] قوله (خمس خيارات) كذا فى النسخ والمعدود ستة اهـ من هامش نسخة العلامة البحراوى .

حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا ، وأمكن ذلك فى التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير ، ولا يمكن ذلك فى الإعتاق لأنه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين ، ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال

وجب فى تحقيق المعادلة أن يملك معطيه وهو الضامن ما دفع بدله ، فحيث أمكن هذا لايعدل عنه (ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) خلافا للشافعى حيث جعله ضمان إتلاف ، فإذا جعل الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة ففى العتق وشعبه من التدبير ونحوه أولى ، وهذا يحقق ما ذكرت لك فى قولهم ضمان جناية . والدليل على اعتبارهم إياه ضمان جناية ما فى قاضيخان : لو غصب عبدا فأبق وقضى على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة التى أداها ، والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة ، وكذا لو غصب مدبرا فاكتسب عنده أكسابا ثم أبق ولم يرجع حتى مات كانت الأكساب للغاصب لصيرورته ملكا له عند أداء الضمان ، ومما يدل على ذلك صحة إقرار المأذون بالغصب فى الحال مع أن إقراره بالإتلافات مؤخر إلى مابعد العتق ، وإذا وجب أن لايعدل عن ضمان المعاوضة ما أمكن وجب هنا لأنه ممكن (لكونه) أى نصيب الساكت (قابلا للنقل من ملك إلى ملك) فى المضمون ثم بعد ذلك لايحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سببا لضمان المعاوضة (لأنه) أى العبد (عند ذلك مدبر) وفى بعض النسخ حر (أو مكاتب على اختلاف الأصلين ، ولابد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال) فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف : هو غير مستقيم لأنه عند

وضمان المعتق ضمان جناية وإتلاف ، والأصل فى الضمان هو ضمان المعاوضة فلا يعدل إلى غيره إلا عند العجز ؛ أما أن ضمان المدبر ضمان معاوضة فلأنه يضمن ما أتلفه بالتدبير وهو كان قابلا للنقل فكان ضمانه مقابلا بذلك فانعقد سبب الضمان موجبا الملك المضمون ، بخلاف ضمان الإعتاق فإنه يضمن ما أتلفه ، وما أتلفه كان بعد تدبير المدبر وذلك غير قابل للنقل فكان ضمانه ضمانا من غير تملك المضمون وذلك خالص ضمان الجناية ، وأما أن الأصل فى الضمان ضمان المعاوضة فواضح (ولهذا جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) ومما يدل على أن ضمان المدبر ضمان معاوضة أن من غصب مدبرا فاكتسب عند الغاصب كسبا ثم أبق فلم يرجع من إباقه حتى مات كان ذلك الكسب للغاصب . قال فى النهاية ، والمسئلة فى آخر باب النهى من أصول الفقه لشمس الأئمة السرخسى وإنما يكون الكسب له إذا كان المدبر ملكا للغاصب عند أداء الضمان ، فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة فلأن يعتبر ضمان المدبر وما أتلفه بتدبيره قابل للنقل ضمان معاوضة كان أولى . وقوله (لأنه عند ذلك مكاتب أو حرّ على اختلاف الأصلين) قال الإمام جلال الدين ابن المصنف : هذا غير مستقيم

(قال المصنف : لكونه قابلا للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير) أقول : أى قبل ثبوت حكم التدبير ، فإن ملكه بتضمين الساكت يستند إلى ذلك الوقت (قوله فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل ، إلى قوله : كان أولى) أقول : هذا يخالف لما يجىء فى كتاب الغصب فراجعه مع أنه يهدم ماشيدوه فى بيان نفى ثبوت حق تضمين الساكت المعتق عن أساسه لأن بناءه على عدم إمكان ضمان المعاوضة فى المدبر فتدبره . وجوابه أن ذلك ضرورة أن لايجتمع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد على ماسيجىء فى كتاب الغصب ، وماثبت بالضرورة لايعدو موضعها فليتأمل (قال المصنف : لأنه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين الخ) أقول : قال الأستاد مولانا جلال الدين ابن المصنف : قوله لأنه عند ذلك حر أو مكاتب على اختلاف الأصلين غير صحيح ، وكذا قوله ولابد من رضا المكاتب بفسخه لأنه عند الإعتاق ليس بحر ولامكاتب ، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق ، والمستسعى عند أبى حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب إلا أنه لاتنفسخ هذه الكتابة بالرضا ولا بالتفاسخ ، وإنما

فلهذا يضمن المدبر ، ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لأنه أفسد عليه نصيبه مدبرا ، والضمان يتقدر بقيمة المتلف ، وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ماقالوا ،

الإعتاق ليس حرّا ولا مكاتبا ، بل بعد العتق يصير كذلك ، والمستسعى عند أبى حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب لكن لاتنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ ، وإذا كان كذلك فإذا وجب الضمان على المعتق للساكت لزم أن لايكون ضمان معاوضة إذ لايمكن ملك هذا المضمون فكان ضمان إفساد (فلهذا يضمن) الساكت (المدبر) ليس غير (ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لأنه إنما أفسد عليه نصيبه مدبرا) فإن المدبر كان متمكنا قبل عتقه من استخدامه وإجارته وإعارته إلى موته فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الإفساد عليه وإنما أفسده مدبرا والمدبر مال متقوّم حتى لو كان مدبرا لشريكين فأعتقه أحدهما وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبرا وإن لم يتملكه بالضمان (قوله وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا) فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرين دينارا ضمن له ستة دنانير لأن ثلثيها وهى قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة (قوله على ما قالوا) طريقته فى مثله الإشعار بالخلاف ، فقيل قيمته قيمته قنا وهو غير سديد لأن القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة ، وقيل نصف قيمته قنا لأنه ينتفع بالمملوك بعينه وببدله وفات الثانى دون الأول ، وقيل تقوّم خدمته مدة عمره حزرا فيه فما بلغت فهى قيمته ، وقيل ثلث قيمته قنا لأن الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل ، وإنما زال الأخير فقط وإليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى ، إلا أن الوجه يخص المدبرة دون المدبر ، وقيل يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوّزوا بيع هذا فائت المنفعة المذكورة كم يبلغ فما ذكر فهو قيمته ، وهذا حسن عندى وأما قيمة أم الولد فثلث قيمة القن لأن البيع والاستسعاء قد انتفيا وبقى ملك الاستمتاع ، وقيل قيمة خدمتها مدة عمرها على الحزر كما تقدم ، والوجه أن يقال مدة عمر أحدهما منها ومن مولاها ، وقيل يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيعها على ما ذكرنا

وكذا قوله لابدّ من رضا المكاتب بفسخه لأنه عند الإعتاق ليس بمكاتب ولاحرّ ، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق ، والمستسعى عند أبى حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب إلا أنه لاينفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ ، وإنما الصحيح أن يقال لأنه عند ذلك مدبر . وأقول : للساكت حق الاستسعاء وكل من فيه حق الاستسعاء بمنزلة المكاتب ، كما أن من فيه حق البيان كذلك على ماسيجىء فى هذا الكتاب فى مسئلة الثابت والخارج والداخل أن للمولى بيان حق الإيجاب الأول فى كل واحد من الثابت والخارج ، فما دام له حق البيان كان كل منهما حرا من وجه عبدا من وجه ، فكان الثابت كالمكاتب ، فكذا ههنا مادام له حقّ السعاية فى المدبر كان بمنزلة المكاتب ، وأما أن الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم فى فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الإعتاق فكذلك تنفسخ بالتراضى وقوله (على ماقالوا) إشارة إلى أن فيه اختلافا . قال بعضهم : نصف قيمة القن لأن قبل التدبير كان له فيه نوع منفعة البيع وما شاكله ومنفعة الإجارة وما شاكلها وقد زال أحدهما وهو البيع وبقى الآخر . وقال بعضهم : قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم وهو مدّة عمره من حيث الحزر والظن . والأصح ماقاله فى الكتاب لأن

الصحيح أن يقال لأنه عند الإعتاق مدبر ولا يقبل النقل من ملك إلى ملك اه . ولك أن تقول : كلام المصنف مبنى على التشبيه فإنه مشبه بهما على الأصلين فى عدم قبول النقل (قوله وأقول للساكت حق الاستسعاء ، إلى قوله : فقد تقدم فى فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الإعتاق فكذا تنفسخ بالتراضى) أقول : هكذا وجد فى بعض النسخ ، إلا أن قوله فقد تقدم فى فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ الخ محل بحث فتأمل فيه

ولا يضمنه قيمة ماملكه بالضمان من جهة الساكت لأن ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه ، فلا يظهر فى حق التضمين

وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لأنه حر يدا وإن بقيت الرقبة (قوله ولا يضمنه) أى لا يضمن المدبر المعتق (قيمة ماملكه بالضمان من جهة الساكت) وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمنه ثلثى قيمته ثلثها قنا وثلثها مدبرا (لأن ملكه فيه) أى فى ثلثه قنا (يثبت مستندا) إلى وقت التدبير (وهو ثابت من وجه) وهو بالنظر إلى حال أداء الضمان (دون وجه) وهو بالنظر إلى الحقيقة حال التدبير (فلا يظهر فى حق التضمين) بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال العتق . واستشكل بما إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فإنه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك له مستندا . أجيب بأنه لما انتقل نصيب الساكت إليه قام مقام الساكت وكان للساكت الاستسعاء ، فكذا للمعتق ، أما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا ليس للقائم مقامه وهو المدبر ، ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القائم هو مقامه . ولا يخفى أن هذا لا يدفع الوارد على قوله إن الملك المستند لاينتهض سببا للتضمين . إذ قد ثبت التضمين به للعبد غير أن المدبر وجد فيه مانع منه وهو قيامه مقام الساكت الذى لاضمان له على المعتق ، فكان الأوجه أن يقال من الابتداء لا يضمنه ماضمن للساكت لأنه بالضمان له قائم مقامه ، وليس له أن يضمن المعتق ذلك الثلث فكذا ليس للقائم مقامه ، بخلاف ثلث نفسه : أعنى ثلث المدبر فإنه لم يقم فيه مقام أحد . ويمكن أن يدفع ورود أصل السؤال بأن الكلام فى أن الملك المستند لاينتهض سببا لضمان مفسده كالمعتق المفسد بإعتاقه ملك المدبر فى نصيب الساكت . والرجوع على العبد ليس تضمينا لمفسد الملك المستند لأن العبد ليس مفسدا شيئا بل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت وللساكت أن يضمنه ، فكذا من صار الملك له وقام مقامه .

منفعة الوطء والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة ، وقيل الفتوى على الأول . وقوله (ولا يضمنه قيمة ماملكه بالضمان) يعنى أن المدبر لما أدى ضمان نصيب الساكت وهو ثلث قيمته قنا ملك المدبر نصيب الساكت واجتمع فى ملك المدبر ثلثا العبد ، وله أن يضمن قيمة ما كان له فى الأصل وهو الثلث مدبرا ، فإن نصيبه بعد تدبيره كان منتفعا به من الوجه الذى ذكرنا وفسد بالإعتاق فيضمن ؛ وليس له أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذى تملك على الساكت بأداء الضمان لوجهين : أحدهما أنه ملك المضمون مستندا والمستند ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر فى حق التضمين . والثانى أنه لما انتقل نصيب الساكت إلى المدبر قام المدبر مقام الساكت فى ذلك الثلث ، والساكت لا يملك تضمين المعتق فكذلك من قام مقامه . وبالوجه الثانى يندفع ما قيل على ما فى الكتاب أن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه وهو موسر يضمن للساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد وإن ثبت له الملك مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه . ووجه ذلك أن المدبر قام مقام الساكت بأداء الضمان ، وليس للساكت تضمين المعتق لما ذكرنا من تعين تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الأصل ، فكذلك من قام مقامه . وأما المعتق فلما قام مقام الساكت بأداء الضمان وكان للساكت ولاية الاستسعاء كان للمعتق أيضا تلك

(قوله وبالوجه الثانى يندفع ماقيل ، إلى قوله : يضمن للساكت قيمة نصيبه الخ) أقول : كلامه هذا يتضمن الاعتراف بقصور الوجه المذكور فى الكتاب عن إفادة المدعى سالما عن الارتياب . ولك أن تقول : المراد أن الملك المستند لايظهر فى حق ضمان الإفساد ، لأنه لما لم يكن ثابتا من وجه لم يكن الإعتاق إتلافا محضا لملكه فيغلب جانب عدم الإفساد والجناية على جانب الوجود ، بخلاف استسعاء العبد فإنه ضمان الاحتباس

والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار .

واعلم أنه لو لم يعتق المعتق إلا بعد أداء المدبر الضمان للساكت كان للمدبر تضمينه ماضمنه من ثلث قيمته عبدا مع مع ثلثه مدبرا لأن الإعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته ، كذا عللوا . والوجه على هذا أن يقال فى أصل التعليل : ليس له أن يضمن المعتق ما ضمنه ، لأنه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق وإن لم يدفع الوارد أيضا لأنه ظهر ملكه حال العتق بأداء الضمان مستندا ، ويحتاج إلى تتميمه بقولنا فيكون ثابتا حال الإعتاق من وجه دون وجه ، ويعود السؤال بعتق أحد الشريكين ويدفع بما ذكرنا من عدم وروده . هذا وأورد الطلبة على هذا أنه ينبغى أن يضمنه قيمة ثلثيه مدبرا لأنه حين ملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبرا لاقنا ، ولذا قلنا فى وجه كون ثلثى الولاء له لأنه صار كأنه دبر ثلثيه ابتداء . والجواب لايتم إلا بمنع كون الثلث الذى ملكه بالضمان للساكت صار مدبرا بل هو قن على ملكه ، إذ لا موجب لصيرورته مدبرا لأن ظهور الملك الآن لايوجبه والتدبير يتجزأ ، وذكرهم إياه فى وجه كون ثلثى الولاء له غير محتاج إليه ، إذ يكفى فيه أنه باق على ملكه حين أعتق الآخر وأدى الضمان ، وإنما لم يكن ولاؤه له لما ذكرنا من أنه ضمان جناية لاتملك (قوله والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار) فإن أحد ثلثيه كان نصيبه بالأصالة والآخر تملكه بأداء الضمان للساكت فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء ، بخلاف المعتق فإنه وإن كان له ثلث أعتقه وثلث أدى ضمانه للمدبر ليس له إلا ثلث الولاء لأن ضمانه ليس ضمان تملك ومعاوضة بل ضمان إفساد لما ذكرنا من أن المدبر غير قابل للنقل وحين أعتقه كان مدبرا ، ولو كان الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعا أثلاثا لكل ثلثه . وفى النهاية وغيرها فى قوله والولاء بين المعتق والمدبر : أى بين عصبة المدبر والمعتق لأنه إنما يعتق بعد الموت ، ونسبه لقاضيخان وهو غلط لأن العتق المتجزئ يوجب إخراجه إلى الحرية بتنجيز أحد الامور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى منع استخدام المدبر إياه من حين وجوده ، كما لو أعتق أحد الشريكين ابتداء ودبره الآخر الساكت فإنه لاتتأخر حرية باقيه إلى مونه كما قدمناه أول الباب . بخلاف مالو لم يكن عتق منجز بل تدبير من أحدهما ثم كتابة الآخر أو قبله أو كان مكاتبا لشريكين فدبره أحدهما تقيد فى نصيبه وبقى نصيب الآخر مكاتبا من غير ضمان ولا سعاية عند أبى حنيفة ، لأن نصيب الآخر على حاله عنده ، وأما ما فى الزيادات : مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية إلا بعد عجزه عند أبى حنيفة لأن الكتابة تتجزأ عنده ، وعندهما عتق كله والولاء له لأن حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيبقى إلى أن يعجز عنه فيتخير حينئذ بين تضمين المعتق إذا كان موسرا

الولاية . وقوله (والولاء بين المعتق والمدبر) أى بين عصبة المدبر (أثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار) فإن قيل : لو كان أداء الضمان يثبت ملك نصيب الآخر كان للمعتق ثلثا الولاء أيضا لأنه أدى إلى المدبر ثلث قيمته مدبرا . أجيب بأن ضمان المعتق إلى المدبر ضمان إتلاف لاضمان معاوضة لما ذكرنا أن المدبر غير قابل للنقل من ملك إلى ملك فلم يملك المعتق شيئا بمقابلة ما ضمن ، وأما المدبر فقد ملك نصيب الساكت عند أداء الضمان مستندا إلى وقت التدبير على مامر فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء مستندا فثبت له ثلثا

لاضمان الإفساد على مامر (قوله وقوله والولاء بين المعتق والمدبر أى بين عصبة المدبر) أقول : فيه بحث .

وإذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد أفسد نصيب شريكيه لما بينا فيضمنه . ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك فأشبه الاستيلاد ، بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية . والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر . قال (وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهى موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : إن شاء المنكر استسعى الجارية فى نصف قيمتها ثم تكون حرة لاسبيل عليها)

واستسعاء العبد مختارا أوجبرا بإجارته فهو يحقق ماقلنا من أنه لايبقى[1] فيه الرق إلى أن يؤدّى السعاية . والله أعلم (قوله وإذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما الخ) يعنى أن ما ذكرناه إلى هنا قول أبى حنيفة ، فأما على قولهما فلما لم يتجزأ التدبير عندهما يصيز كله مدبرا لشريكه المدبر (وقد أفسد نصيب شريكيه لما بينا) فيضمن ثلثى قيمته لشريكيه (ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك) لأنه أمكن على ماذكرنا (فأشبه الاستيلاد) أى ما إذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه موسرا كان أو معسرا (بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان إفساد) لاضمان تملك ، وقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس . وضمان التملك ليس فى معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالإعسار واليسار واردا فيه (والولاء كله) على قولهما (للمدبر وهو ظاهر) لأن العتق كله من جهته . واعلم أنه يجب على قولهما أن ضمان الإفساد فى الإعتاق لاينافى ضمان التملك لأنهما حيث قالا إن العتق يثبت من جهة المعتق فى كل العبد حتى كان الولاء كله له يلزمه القول بانتقال ملك نصيب الساكت إليه وإلا فكيف ينزل عتقه فى جزء لايملكه . وحينئذ يجب أن يقال ضمان الإعتاق وإن كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس (قوله وإذا كانت جارية بين رجلين فزعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فعند أبى حنيفة وأبى يوسف هى موقوفة يوما) أى لاتخدم فيه أحدا (ويوما تخدم المنكر) ولومات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الآخر ولا سعاية عليها له ، وتسعى لورثة المنكر فى نصف قيمتها فى قول أبى حنيفة ، كذا ذكره الفقيه أبو الليث . ووجه

الولاء وللمعتق الثلث لما أن نصيب الساكت بعد ما انتقل إلى المدبر لاينتقل إلى المعتق. وقوله (لأنه ضمان تملك) أى لأن ضمان التدبير ضمان تملك لأنه يملك كسبه وخدمته فلا يختلف باليسار والإعسار كضمان الاستيلاد (بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية) وهو يختلف باليسار والإعسار. واعترض بأن قولكم ضمان الجناية يختلف باليسار والإعسار أردتم به مطلق ضمان الجناية أو الجناية بالإعتاق ، والأول مردود بأن من كسر جرّة إنسان مثلا أو أتلف ملكا من أملاكه فإنه يجب عليه الضمان موسرا كان أو معسرا ، والثانى تحكم . وأجيب بأن المراد الثانى ، والتحكم مدفوع لثبوته بقوله صلى الله عليه وسلم « فى الرجل يعتق نصيبه : إن كان غنيا ضمن ، وإن كان فقيرا سعى العبد فى حصة الآخر » فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس . قال (وإن كان جارية بين رجلين) إذا كانت الجارية بين رجلين (زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر صاحبه فهى موقوفة يوما) أى ترفع عنها الخدمة يوما (وتخدم المنكر يوما عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : إن شاء المنكر استسعى الجارية فى نصف قيمتها ثم تكون حرة) كلها (لاسبيل عليها) يعنى للمقرّ بالاستسعاء

---

(١) (قوله لايبقى) هكذا فى النسخ ، ولعل الصواب حذف لا النافية فليتأمل ، كذا بهامش نسخة العلامة البحراوى، كتبه مصححه .

لهما أنه لما لم يصدّقه صاحبه انقلب إقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما إذا أقرّ المشترى على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة و نصيب المنكر على ملكه فى الحكم فتخرج إلى العتاق بالسعاية كأم ولد النصرانى إذا أسلمت .

هذا التفريع أنه عند موت الشريك كأنه قال عتقت الجارية من جهة شريكى ، ولو قال أحد الشريكين فى حياة صاحبه أعتق شريكى نصيبه ، فإنه إن لم يتمكن من تضمينه إن كان موسرا وهو منكر لكنه يفسد الرق فيه لأنه لما كان متمكنا من إفساده بإعتاقه اعتبر إقراره بفساده ثم يسعى العبد فى تمام قيمته بينهما فى قول أبى حنيفة موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا ، وعندهما كذلك إن كان المقرّ عليه معسرا ، فإن كان موسرا سعى له ولم يسع للمقر لأنه معترف بأن لاحق له فى السعاية بل فى تضمين الشريك وهو عاجز عنه لإنكاره ولا بينة له . وقال محمد : إن شاء المنكر استسعى الجارية فى نصف قيمتها ثم تكون حرة لاسبيل عليها . وضمه فى الكتاب قول أبى يوسف مع محمد بقوله وقالا باعتبار قول مرجوع لأبى يوسف ، ولا ينبغى مثله أن يفعل إلا أن يقرن بالبيان فيقال فى قوله الأول مثلا وإلا أوهم أن ينسب إليه الآن ماليس هو قائلا به . واختلف المشايخ فى أن خدمة المنكر هل هى واجبة عليها على قول محمد وأبى يوسف ؟ الأول والصواب أن لاخدمة له عليها بل بمجرد إقرار المقرّ صار حق المنكر فى سعايتها وتخرج بها إلى الحرية . وفى المختلف فى باب محمد أن نفقتها فى كسبها ، فإن لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر ، ولم يذكر خلافا فى النفقة . وقال غيره : نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها ، فإن لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لأن نصف الجارية للمنكر ، وهذا اللائق بقول أبى حنيفة . وينبغى على قول محمد أن لانفقة لها عليه أصلا لأنه لاخدمة له عليها ولا احتباس . وأما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتأخذ الجناية عليها : أى تأخذ جنايتها ممن جنى عليها لتستعين بها ، وعلى قول أبى حنيفة جنايتها موقوفة إلى تصديق أحدهما صاحبه (قوله لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقراره عليه فصار كأنه هو استولدها . كما لو أقر المشترى على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه هو الذى أعتق) حتى لو اشتراه عتق عليه ، وإذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقرّ حقيقة فإنه لايكون للآخر الاستخدام . والمقرّ أيضا امتنع عليه الاستخدام لأنه يدعى الملك على المنكر ، وإذا امتنع الاستخدام على المنكر والحال أن نصيبه على ملكه فى الحكم ثبت له حق استسعائها لاحتباس ماليتها ومنافعها عندها ، ولا وجه إلى تضمين شريكه . فإذا استسعاها فلا سبيل لأحد عليها ، فإن المنكر أخذ حصته والمقرّ يبرئها

(لهما أنه لما لم يصدقه) وتقريره أن المقر لو أقرّ على نفسه بالاستيلاد صح ، فإذا أضافه إلى من يملكه ولم يصدقه ذلك انقلب إقراره عليه ، وإذا انقلب إقراره عليه صار كأنه استولدها فصار كما إذا أقرّ المشترى على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع فإنه يجعل كأنه أعتقه . وإذا انقلب إقرار المقرّ على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لأن المقرّ صار بإقراره كالمستولد لها ، ولا يمكن للمنكر تضمين المقرّ ، لأنه ما أقر على نفسه بالاستيلاد فكان نصيب المنكر على ملكه فى الحكم محتبسا عند الجارية (فتخرج إلى العتاق بالسعاية كأم ولد النصرانى إذا أسلمت) تخرج إلى العتق بالسعاية لتعذر إبقائها فى يد المولى وملكه بعد إسلامها وإصراره على الكفر)

(قوله كما إذا أقر المشترى على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع) أقول : قوله قبل متعلق بقوله أقر.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن المقرّ لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ، ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ،ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان ، والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب وهو أمر لازم لايرتد بالرد . فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد (وإن كانت أم ولد بينهما فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالا : يضمن نصف قيمتها) لأن مالية أم الولد غير متقوّمة عنده ومتقوّمة عندهما ، وعلى هذا الأصل تبتنى عدة من المسائل أوردناها فى كفاية المنتهى .

منه ويدعى أن حقه فى تضمين المنكر لدعواه الاستيلاد فصارت كأم ولد النصرانى إذا أسلمت لما امتنع بإسلامها مقاصد الملك عليه ولم يكن إخراجها عن ملكه مجانا للإضرار به وجب أن تعتق بالسعاية (قوله ولأبى حنيفة) وعلمت أن أبا يوسف معه (أن استحقاق المنكر نصف خدمتها ثابت بيقين) لأن المقرّ إما صادق فيكون جميع خدمتها له لأنها أم ولده وهو مستحق خدمتها ، أو كاذب فله نصفها والآخر للمقرّ فاستحقاقه نصفها متيقن . وأما الشريك المقرّ فلا استخدام له عليها ولا استسعاء لأنه يبرئها عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان على شريكه . وهو لفّ ونشر مرتب . وقولهما انقلب إقراره عليه . قلنا ممنوع لأن الإقرار بأمومية الولد إقرار بالنسب (وهو أمر لازم لايرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقرّ كالمستولد) بنفسه حكما . نعم يوجب ذلك أن يؤاخذ بإقراره فيمتنع استخدامه واستسعاؤه وقد قلنا بذلك ، ولا يسرى قوله فى حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعتق العبد عليه لو اشتراه من هذا لإقراره على نفسه لا من الانقلاب ، وحاصله منع الانقلاب ، والجواب عما استدل به عليه (قوله وإن كانت أم ولد بينهما) بأن ادعى كل منهما أنها أم ولد له (فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه للآخر عند أبى حنيفة وقالا : يضمن نصف قيمتها) وإن كان معسرا سعت للساكت فيه وأصل الخلاف فى تقوّم أم الولد ، فعنده غير متقوّمة ، وعندهما متقوّمة وهو قول سائر الفقهاء غير أبى حنيفة (وعلى هذا الأصل تبتنى عدة من المسائل)

(ولأبى حنيفة أن المقرّ لو صدق) تقريره موقوف على مقدمة هى أن الخبر ينقسم إلى صادق وكاذب قسمة حقيقية لايجتمعان ولا يرتفعان بناء على أن صدق الخبر وكذبه راجعان إلى مطابقة الواقع وعدمها ، فالمقرّ إما أن يكون صادقا فى إقراره أو كاذبا ، فإن كان الأول (كانت الخدمة كلها للمنكر) وإن كان الثانى (كان له نصف الخدمة فيثبت ماهو المتيقن به وهو النصف . ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك) أما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد ، وأما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ففى كلامه لف ونشر على ما ترى . وقوله (والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب) جواب عن قولهما كأنه استولدها : يعنى أنه لما أقرّ بأمومية الولد والإقرار بها يتضمن الإقرار بالنسب والإقرار بالنسب أمر لازم لايرتد بالرد حتى أن الرجل إذا أقرّ بنسب صغير لرجل فكذبه المقرّ له ثم أقرّ المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لأن النسب لايرتد بالرد (فلا يمكن أن يجعل المقرّ كالمستولد وإن كانت أم ولد بينهما) بأن ولدت جارية بين رجلين ولدا فادعياه (فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة ، وقالا : يضمن نصف قيمتها لأن مالية أم الولد غير متقوّمة عنده) خلافا لهما ، وعلى هذا الأصل عدة مسائل ذكرها المصنف فى كفاية المنتهى : منها أنه إذا مات أحدهما حتى عتقت

(قوله والإقرار بالنسب أمر لازم لايرتد بالرد) أقول : فإن قيل الإعتاق أيضا لايرتد . قلنا : نعم ، والانقلاب فيه أيضا غير مسلم بل المقر مؤاخذ بإقراره فليتأمل (قال المصنف فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد) أقول : لايقال التشبيه من بعض الوجوه كامتناع البيع لأنه لايتفرع عليه حينئذ قوله فيمتنع الخدمة (قوله منها أنه إذا مات أحدهما الخ) أقول : سيجىء فى آخر الباب أن بدل الكتابة لايفتقر وجوبه إلى

وجه قولهما أنها منتفع بها وطأ وإجارة واستخداما ، وهذا هو دلالة التقوّم ،وبامتناع بيعها لايسقط تقوّمها كما في المدبر ؛ ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية ، وهذا آية التقوّم

ذكرها المصنف في كفاية المنتهى : إحداها هذا : والثانية أم الولد إذا ولدت ولدا وهي بين اثنين فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق ولا يضمن من قيمته شيئا لشريكه عنده ،وعندهما يضمن نصف قيمة الولد لشريكه إن كان موسرا ، وإن كان معسرا استسعى الولد في النصف : يعني إذا بلغ حدا يستسعى فيه مثله . ومنها أم الولد المشتركة بين اثنين إذا مات أحدهما لاتسعى للآخر عنده في نصف قيمتها وتسعى عندهما . ومنها لو غصب أم الولد غاصب فماتت في يده لايضمنها عنده ويضمن عندهما . وذكر في الرقيات يضمنها عنده بالغصب كما يضمن به الصبي الحر ، حتى لو وضعها في مسبعة فافترسها سبع يضمن عنده كما يضمن الصبي الحرّ بذلك لأنه ضمان جناية لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق . ومنها لو باعها وسلمها فماتت في يد المشترى لايضمن عنده ويضمن عندهما. ومنها أمة حبلى بيعت فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ثم ماتت الأم عند المشترى فادعى البائع الولد صح وعليه أن يردّ جميع الثمن عنده ، وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن (قوله وجه قولهما) وهو قول الجمهور (أنها منتفع بها وطأ وإجارة واستخداما) وكذا يملك كسبها ، ولو قال كل مملوك لى حرّ عتقت ، وهذا هو دلالة التقوّم والفائت ليس إلا مكنة البيع وهو لاينفى التقوّم كما في المدبر والآبق وامتناع سعايتها لغرماء المولى أو ورثته إذا لم يكن له مال سواها مثلا لأنها مصروفة إلى حاجتها لدفع حاجته كي لايضيع نسبه وماؤه وهذا مانع يخصها لايوجد في المدبر فلذا افترقا في السعاية وعدمها (وهذا) أي الانتفاع المطلق شرعا على هذه الوجوه (دلالة التقوّم) لأن هذه الأفعال لاتكون إلا بملك اليمين فيها لعدم عقد النكاح والإجارة ، ولا زيادة بعد هذا إلا بثبوت حق الحرية ، ولا تنافي بين حق الحرية والتقوّم ، ألا يرى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت سعت له ، وهذا آية التقوم في أم الولد مطلقا لأنه لا قائل بالفصل بين أم ولد المسلم وأم ولد النصراني ، فإذا ثبت التقوّم في إحداهما ثبت في الأخرى ، وكذا ولد المغرور إذا كانت أمه أم ولد فإن المغرور يضمن قيمة ولده منها عندنا . وحاصله دليلان : الأول قياس على المدبر ، والثاني إجماع مركب . وأيضا ثبتت ماليتها فلا تخرج عنها إلا بمقتض وحق الحرية الطارئ بالاستيلاد ليس مقتضيا لذلك لثبوته مع انتفاء ذلك في المدبر فإن فيه حق الحرية مع انتفاء عدم

لم تسع للآخر عنده وعندهما تسعى . ومنها أنها إذا ولدت فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه ولا شيء عليه لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده . وعندهما يضمن نصف قيمته لشريكه إن كان موسرا ويستسعى الولد في نصف قيمته إن كان معسرا . ومنها أنه إذا غصب أم ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئا عنده خلافا لهما (وجه قولهما) في تقوم أم الولد (أنها منتفع بها وطأ وإجارة واستخداما) بالاتفاق ، وكل ما هو كذلك فهو متقوم لأن حل الوطء لايكون إلا بملك اليمين عند عدم النكاح (ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية) ولولا تقومها لم يكن كذلك ، فإن عورض بأن بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم التقوم . أجاب بقوله وبامتناع بيعها لايسقط تقومها كما في المدبر . وقوله (غير أن قيمتها) بيان لمقدار القيمة وهو واضح

تقوم مايقابله ، ففي تفريع هذه المسألة على التقوم كلام (قال المصنف : وهذا هو دلالة التقوم) أقول : فيه بحث لأن أبا حنيفة يقول بل هذا هو دلالة الملك وهو غير التقوم . ثم اعلم أن في تقويم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة كما سيجيء في كتابة العبد المشترك من العناية وغيرها .

غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت . بخلاف المدبر لأن الفائت منفعة البيع ، أما السعاية والاستخدام باقيان . ولأبى حنيفة رحمه الله أن التقوّم بالإحراز وهى محرزة للنسب لا للتقوّم والإحراز للتقوّم تابع ، ولهذا لاتسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر ،

المالية والتقوّم لثبوتهما فيه (قوله غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات) منفعتين (منفعة البيع والسعاية بعد الموت) والباقى منفعة من ثلاث فحصتها ثلث القيمة (بخلاف المدبر فإن الفائت منفعة البيع) فقط لأنه يسعى بعد الموت إذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثى قيمته قنا . وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف ، وقد بيناه فى الكلام على قيمة المدبر فى المسئلة عبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وأعتقه الآخر وسكت الآخر (قوله ولأبى حنيفة) الحاصل أن ماذكر من اللوازم إنما هى لوازم الملك بعضها أعم منه يثبت مع غيره كالوطء والاستخدام والإجارة ، فإن الوطء يثبت ولا ملك له فى المنكوحة والاستخدام والإجارة تثبت بالإجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب ، ولا كلام فى ملك الرقبة إنما الكلام فى التقوّم والمالية ، والتقوم يثبت بالإحراز على قصد التموّل حتى لايكون العبد قبل الإحراز مالا متقوّما لا بالملك وإن ثبت معه ، والآدمى وإن صار مالا متقوما بعد أن لم يكن فى الأصل مالا لأنه خلق لأن يكون مالكا للمال ولكن ذلك إذا أحرز للتمول ، وأم الولد إذا أحرزها واستولدها كان إحرازه لها للنسب لا للتمول ، وإن كان أوّل تملكها كان للتمول ، لكن عند ما استولدها تحول صفتها عن المالية إلى ملك مجرد عنها فصارت محرزة لما ذكرناه . وهذه المقدمة تقبل المنع : أعنى انتفاء صفة المالية والتقوم بالإحراز للنسب بأن يقال لانسلم الملازمة بين الإحراز للنسب وانتفاء التقوم. وجوابه أنه وإن لم ينافه لكنه تابع فصار الإحراز فى حق التقوم كالمنتفى ، ويدل على ذلك ثبوت لوازم الانتفاء شرعا وهو عدم سعايتها لغريم أو وارث وإن لم تخرج من الثلث أو لامال له سواها وعليه ديون ، وإن ماكان مالا متقوما فى حياته يتعلق به حق ورثته وغرمائه ولو فى بعض الصور ، كالمدبر لما لم يخرج من الثلث أو خرج والتركة مستغرقة تعلق به فيظهر أنه يعتبر حالة الحياة مالا غير أنه موصى به وإذا لم يمكن اعتبار صحة الوصية فيه لما ذكرنا بطلت فسعى فى قيمته فظهر الفرق بين المدبر المقيس عليه وأم الولد ، وحيث ثبت التقوّم فى المدبر ورد عليه لوكان متقوما جاز بيعه ، فأجاب عنه بأن عدم جواز بيعه لتحقق مقصود المدبر من نيله ثواب عتقه بعد موته . والجواب عن إلزام التقوم بأم ولد النصرانى بمنع تقومها ، وإلزام السعاية فيها ليس لذلك بل للضرورة إذ لايمكن بقاؤها مسلمة مملوكة له ولا إخراجها عن ملكه مجانا وهو ملك صحيح فأنزلت مكاتبة عليه على قيمتها . ونقول : لايفتقر بدل الكتابة إلى التقوّم لأنه فى أصله بمقابلة ماليس بمتقوم وهو فك الحجر ولو سلم ، فالأمور الضرورية لايقاس عليها ما ليس فى محلها من تلك الضرورة ، أو نقول : هو يعتقد المالية فيها وجواز بيعها والحكم المتعلق بهم يبتنى

(ولأبى حنيفة أن التقوم بالإحراز) للتمول ولا إحراز للتموّل فى أم الولد لأنها محرزة للنسب لا للتمول . وقوله (لا للتقوم) معناه للتمول وكذلك فى قوله (والإحراز للتقوم تابع) أى ليس بمقصود لأنه إذا حصنها واستولدها ظهر أن إحرازها للاستمتاع بملك المتعة لا لقصد التمول . وقوله (ولهذا لاتسعى لغريم) جاز أن يكون بيانا وتوضيحا لقوله والإحراز للتقوّم تابع ، يعنى أنه لوكان مقصودا لسعت لغريم أو وارث لتعلق حق الغرماء به بعد وته لكن اللازم باطل فكذلك الملزوم ، وجاز أن يكون بيانا لقوله وهى محرزة للنسب لا للتقوم . وقوله (بخلاف المدبر) جواب عن قولهما كما فى المدبر : يعنى بخلاف المدبر فإنه ليس بمحرز للنسب ولهذا تتعلق به

وهذا لأن السبب فيها متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ماعرف فى حرمة المصاهرة ، إلا أنه لم يظهر عمله فى حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب فى إسقاط التقوّم ، وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت ، وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا . وفى أم ولد النصرانى قضينا بتكاتبها عليه دفعا للضرر عن الجانبين ، وبدل الكتابة لايفتقر وجوبه إلى التقوم .

على اعتقادهم كما فى مالية الخمر ، أو أن ملكه لما احتبس عندها لمعنى من جهتها كان مضمونا عليها وإن لم يكن متقوما ، كالقصاص إذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله . وبهذا تم الوجه لأبى حنيفة . وأما قوله فى الكتاب (وهذا لأن السبب فيها) أى فى أم الولد (متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد) فغير متوقف عليه الإثبات . إذ قد ثبت شرعا بما ذكرنا عدم تقومها . وإنما هو بيان حكمة شرعية عدم تقومها : يعنى أن حكمة إسقاط الشرع تقومها ثبوت الجزئية بينها وبين مولاها الحر إلى آخر ماذكر فى المصاهرة كما أشار إليه عمر حيث قال : كيف تبيعوهن وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماؤهن بدمائكم ؟ فلثبوت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم ، وكان مقتضاه أن تنجز حريتها لكن انعقد الإجماع على عدمه فبقى فيما سواه وهو عدم التقوّم لعدم الإجماع عليه ، وكذا يدل على عدم التقوم قوله عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » بهذا الطريق ، وهو أنه يدل على تنجز العتق ، لكن الإجماع على أن المراد أثبت لها الولد حق الحرية فبقى فيما سوى حقيقة العتق معمولا به ومنه سقوط التقوم . فإن قيل : فالتدبير أيضا كذلك : أى سبب فى الحال للعتق لما ذكر فى بابه فيجب أن ينتفى تقوّم المدبر على وزان انتفائه بسبب أمومية الولد . فالجواب أن ثبوت سببية التدبير فى الحال على خلاف القياس فى سائر التعليقات لضرورة هى أن تأخيره كغيره من التعليقات يوجب بطلانه . لأن مابعد الموت زمان زوال أهلية التصرف فلا يتأخر سببية كلامه إليه فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر أثره فى حرمة البيع خاصة لا فى سقوط التقوم بل يبقى فى حق سقوط التقوم على الأصل : يعنى فتتأخر سببيته لسقوط التقوم

حق الغرماء . وقوله (وهذا) إشارة إلى الفرق بين أم الولد وبين المدبر وبيانه (أن السبب فيها) أى فى أم الولد (متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ماعرف فى حرمة المصاهرة وكان ذلك يقتضى سقوط الملك والتقوّم جميعا (إلا أنه لم يظهر عمله فى حق) زوال (الملك ضرورة الانتفاع) كما لم يظهر فى زوال ملك النكاح لذلك ، ولا ضرورة فى إسقاط التقوّم فعمل فيه السبب ، وأما فى المدبر فإن السبب ينعقد بعد الموت : لأن قوله إن متّ فأنت حرّ تعليق محض ، والمعلق بالشرط لاينعقد سببا عندنا قبل وجوده على ماعرف . وقوله (وامتناع البيع فيه) جواب عن قولهما وبامتناع بيعها لايسقط تقومها . وتقريره كان القياس أن لايمتنع بيع المدبر . إلا أنه إنما امتنع تحقيقا لمقصوده ، إذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته . وقوله (وفى أم ولد النصرانى) جواب عما قاسا عليه . وقوله (قضينا بتكاتبها عليه) ليس المراد به حقيقة التكاتب ، ولكن لما حكمنا بأنها تخرج عن ملكه بأداء القيمة كانت فى معنى المكاتبة ، وإنما فعلنا هكذا (دفعا للضرر عن الجانبين) أما فى حق أم الولد فلئلا تبقى تحت يد نصرانى وهى مسلمة ، وأما فى حق النصرانى فلئلا يبطل ملكه مجانا فلما كانت هى فى معنى المكاتبة كان ما أدته فى معنى بدل الكتابة ، وبدل الكتابة لايفتقر وجوبه إلى تقوّم ما يقابله لأنه فى الأصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم : فلذلك قلنا إن تكاتبها لم يقتض تقوّم أم ولد النصرانى فاطرد ماقلنا ، والله أعلم .

(باب عتق أحد العبدين)

(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حرّ ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحدكما حرّ ثم مات ولم يبين عتق من الذى أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله كذلك إلا فى العبد الآخر فإنه يعتق ربعه)

إلى مابعد الموت ، وعلى هذا يحمل قول المصنف : وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت ويندفع عنه إلزام التناقض ، وذلك أن كلامه فى سقوط التقوم لأم الولد فحاصل كلامه أن سبب سقوط التقوم فى أم الولد ثابت فى الحال ، وسبب سقوطه فى المدبر متأخر إلى مابعد الموت كما بينا .

(باب عتق أحد العبدين)

هذا أيضا من عتق البعض ، غير أن الأول فى بعض الواحد وهذا الكلام فى بعض المتعدد فنزل الأول من هذا منزلة الجزء ، وهو مقدم على الكل لأن الأول فى عتق بعض ماهو بعض لهذا وهو الواحد (قوله ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج واحد منهما ودخل آخر) وهو الباقى من الأعبد الثلاثة (فقال) المولى (أحدكما حرّ) فالمسئلة على ثلاثة أوجه : أحدها أن يبين العتق قبل الموت ، والثانى أن يموت المولى قبل بيانه وهى مسئلة الكتاب ، والثالث أن يموت العبد قبل البيان . وحكم هذا القول إذا وقع منه أن يؤمر

(باب عتق أحد العبدين)

لما فرغ من بيان عتق بعض العبدين عتق أحد العبدين وقدم الأول لأن الواحد قبل الاثنين (ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحدكما حرّ) ولم يسم كلا منهم باسم الفعل الذى اتصف به من كونه خارجا وداخلا وثابتا يؤمر المولى بالبيان مادام حيا لأنه هو المجمل فيرجع فى البيان إليه ويعتق الذى عينه ، فإن بين الكلام الأول فى الخارج عتق الخارج ، ويؤمر بالبيان فى الكلام الثانى ويعتق من عينه ، وإن بين الكلام الأول فى الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثانى لأنه صار خبرا فلا يستحق به العتق ، كما لو جمع بين حرّ وعبد وقال أحدكما حرّ لايعتق العبد ، وإن بدأ ببيان الكلام الثانى وقال عنيت بالكلام الثانى الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الأول ، وإن قال عنيت بالكلام الثانى الثابت عتق الثابت بالكلام الثانى وتعين الخارج للكلام الأول فيعتق الخارج أيضا (وإن مات ولم يبين عتق من الذى أعيد عليه القول) يعنى الثابت أعيد عليه قوله أحدكما حرّ (ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين) يعنى الخارج والداخل (عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد كذلك) يعنى يعتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الخارج نصفه (إلا فى العبد الآخر) وهو الداخل (فإنه يعتق ربعه) باعتبار الأحوال . والأصل فى اعتبار الأحوال فى حالة الاشتباه ماروى

(باب عتق أحد العبدين)

(قوله ثلاثة أرباعه) أقول : فاعل عتق .

. . . .

المولى بالبيان ، وللعبيد مخاصمته فى ذلك ، فإذا بين العتق فى الثابت وهو العبد الذى لم يخرج بالكلام الأول عتق وبطل الكلام الثانى لأنه حينئذ جمع بين حرّ وعبد وقال أحدكما حر إنشاء فى المبهم الدائر بينهما . ولا يمكن ذلك إلا إذا كان كل منهما محلا لحكمه ، والحر ليس كذلك فبطل إنشائيته وصار خبرا بأن أحدهما حر وهو الثابت . فلا يفيد فى الخارج (١) عتقا . فإن قيل : البيان له حكم الإنشاء لأنه فى المعين والعتق المبهم لاينزل فى المعين فصار ببيانه فى الثابت كأنه إنشاء لأن العتق فيه بعد ما أعتق الأحد الدائر بينه وبين الخارج بالكلام الثانى ولو نجز عتق الثابت بعتق مستقل عتق الخارج فكذا يعتق بالبيان . أجيب بأن البيان إنشاء من وجه لامن كل وجه ، بل من حيث إن وقوع العتق الأوّل فى المعين به لايكون بالعتق الأول فقط لأنه عتق مبهم وهو غير المعين يكون إنشاء ، ومن حيث أن المولى يجبر على البيان إذا خاصمه العبدان ولا يجبر على إنشاء العتق يكون إظهارا ، فعلى تقدير الإنشاء يعتق الداخل ، وعلى تقدير الإخبار لايعتق فلا يعتق بالشك ، وإن بين بالكلام الأوّل عتق الخارج فلا إشكال ويؤمر ببيان الكلام الثانى ويعمل ببيانه ، وإن بدأ ببيان الكلام الثانى فقال عنيت بالكلام الثانى الداخل عتق ويؤمر ببيان الأول فأيهما بينه من الخارج والثابت عمل به . وإن قال عنيت بالكلام الثانى الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الأول ، ولا يبطل لأن حال وجوده كانا رقيقين . وإن لم يبين المولى شيئا حتى مات أحد العبيد فالموت بيان أيضا ، فإن مات الخارج تعين الثابت للعتق بالإيجاب الأول والخارج بالإيجاب الأول لزوال المزاحم وبطل الإيجاب الثانى لما ذكرنا ، وإن مات الثابت تعين الخارج بالإيجاب الأوّل والداخل بالإيجاب الثانى لأن الثابت هو المزاحم لهما ولم يبق ، وإن مات الداخل أمر ببيان الأول ، فإن عنى به الخارج عتق الثابت أيضا بالإيجاب الثانى ، وإن عنى به الثابت بطل الإيجاب الثانى لما ذكرنا ؛ وإن مات المولى قبل البيان فهى مسئلة الكتاب ، واتفقوا فيها على عتق نصف الخارج وثلاثة أرباع الثابت . واختلف فى الداخل ، ومذهب أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يعتق نصفه أيضا ، وعند محمد يعتق ربعه . واستشكل قولهما بعتق النصف وثلاثة الأرباع مع قولهما بعدم تجزى الإعتاق . والجواب أن قولهما بعدم تجزيه إذا وقع فى محل معلوم ، أما إذا كان الحال إنما هو الحكم بثبوته بالضرورة وهى مقتضية لانقسامه انقسم ضرورة. والحاصل أن عدم التجزى عند الإمكان والانقسام هنا ضرورى. ورده بعض الطلبة بمنع ضرورة الانقسام لأن الواقع أن كل من عتق منه البعض الذى ذكر لايقرّ فى الرق بل يسعى فى باقيه حتى يخلص كله حرا ، فيمكن أن يقول : يعتق جميع كل واحد عندهما ويسعى فى ذلك القدر فيتحد الحاصل على قولهما وقول أبى حنيفة ، غير أنهم يسعون وهم عبيد عنده . وعندهما يسعون وهم أحرار ، إذ الحاصل أن الضرورة أوجبت أن لايعتق جميع واحد مجانا لا أن يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقى إلى

« أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أناسا إلى بنى خثعم للقتال . فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بنصف العقل » باعتبار الأحوال ، وذلك لأن السجود منهم كان محتملا أن يكون لله تعالى فكان إسلاما . ويجب بقتلهم جميع الدية ، وأن يكون لغير الله تقية من القتل على ما كان عليه عادتهم من السجود لتعظيم عظمائهم توقيا من شرّهم فلا تجب بقتلهم

---

(١) (قوله فلا يفيد فى الخارج) هكذا فى النسخ ، ولعل الظاهر فلا يفيد فى الداخل تأمل اهـ من هامش نسخة العلامة البحراوى .

أما الخارج فلأن الإيجاب الأول دائر بينه وبين الثابت ، وهو الذى أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف ، غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثانى ربعا آخر لأن الثانى دائر بينه وبين الداخل ، وهو الذى سماه فى الكتاب آخرا فيتنصف بينهما ، غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالإيجاب الأول فشاع النصف المستحق بالثانى فى نصفيه ، فما أصاب المستحق بالأول لغا ، وما أصاب الفارغ بقى فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الأرباع ولأنه لو أريد هو بالثانى يعتق نصفه ، ولو أريد به الداخل لايعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثانى والنصف بالأول ، وأما الداخل فمحمد رحمه الله يقول : لما دار الإيجاب الثانى بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان إنه دائر بينهما ، وقضيته التنصيف وإنما نزل إلى الربع فى حق الثابت لاستحقاقه النصف بالإيجاب الأول كما ذكرنا ، ولا استحقاق للداخل من قبل

أداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة أصلهما . ورد على ذلك الطالب بأنه لو عتق الكل من كل واحد ابتداء ثم يسعى وهو حر لزم أن يكون موجب قول المولى أحدكما حر إعتاق الاثنين وهو باطل ، بل أحدكما لايؤدى معنى كلا كما ؛ وقد يدفع عنه هذا بمنع كون الموجب ذلك بل موجبه عتق رقبة شائعة ، وإنما عتق الكل من كل منهما للضرورة التى اقتضت توزيعه وحين لزم التوزيع فوجب عتق بعض وجب وقوعه فى الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوقوع عتق النصف مثلا موجبا للتوزيع كوقوعه موجبا لقوله أعتقت نصفك . فكما يقع انعتاق النصف انعتاقا للكل إذا وقع عن موجبه كذلك يقع هنا . والحاصل أنه لاموجب أصلا لخروجهما عن أصلهما ، وموافقة أبى يوسف أبا حنيفة فى عتق نصف الداخل لاتوجب موافقته فى التجزى . ووجه الاتفاقية ماذكره المصنف بقوله (أما الخارج فلأن الإيجاب الأول دائر بينه وبين الثابت وهو الذى أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف) إذ لامرجح (غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثانى ربعا آخر لأنه دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما) لكن نصف الثابت شاع فى نصفيه ، فما أصاب منه المعتق بالأول لغا ، وما أصاب الفارغ من العتق عتق فيسلم له الربع مضافا إلى عتق النصف بالأول فتم له عتق ثلاثة أرباعه (ولأنه لو أريد الثابت بالثانى يعتق نصفه) الباقى ، ولو أريد الداخل لايعتق منه شىء فعتق نصفه فى حال ولم يعتق منه شىء فى حال فيقسم النصف له فيعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالأول فيكمل له عتق ثلاثة الأرباع . وجه المذكور لمحمد فى الداخل أن الإيجاب الثانى دائر بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل (قوله وهما يقولان) حاصله أن إصابة الربع عندهما ليس قضية للكلام بل قضيته عتق نصفه لكنه لشيوعه فى كله ونصفه شائعا معتق ، فما أصاب منه هذا النصف لغا ، وما أصاب القن عتق فلغا ربعه . وهذا المعنى منتف فى النصف الذى أصاب الداخل ، وقد علمت آنفا أن محمدا لم يوافق على هذا التوجيه ، وتقدم له أيضا أن الإيجاب الثانى صحيح فى حالة وهى أن يريد بالكلام الأول الخارج غير صحيح فى حالة أخرى وهى أن يريد به الثابت لما تقدم ، وعلى تقدير صحته يثبت به عتق كامل بينهما لكل نصفه ، وعلى تقدير عدم صحته لايثبت به شىء أصلا فانتصف الثابت به فأصاب كلا ربعه فلذا عتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الداخل ربعه . وإذا عرفت هذا ظهر

الدية ، فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجه أوجب النصف وأسقط النصف ، وعلى هذا مسائل أصحابنا . فإن قيل : ما بال أبى حنيفة فى الخنثى يعطيه أقل النصيبين من غير اعتبار الأحوال ؟ أجيب بأنه إنما يجب المصير إلى

أن المذكور فى وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لأن عتق ثلاثة أرباع الثابت على قول محمد ليس لذلك الوجه المذكور ، فإنه لم يصبه النصف أصلا بل أصابه الربع ابتداء بما ذكر من الوجهين . واعلم أن قولهم يريد الخارج بالكلام الأول معناه يحتمل أن يبين الميت العتق فيه لو بينه قبل موته وإلا فالعتق المبهم لم يرد به المعين حال صدوره بل المبهم ، ثم بالتعيين ينزل ذلك المبهم فيه . وللشافعى فى أصل المسئلة قولان : فى قول يقرع بينهم وفى الأصح يقوم الوارث مقام المولى فى البيان . وعند أحمد يقرع بينهم وكذا إذا قال لعبديه أحدكما حر يقرع بينهما ، فمن خرجت القرعة باسمه فهو حر ولا يصح بيانه إلا أن يقول كنت نويته عند التلفظ . لنا فى تأصيل اعتبار الأحوال ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام بعث سرية إلى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، فقضى النبى صلى الله عليه وسلم بنصف العقل » وليس هذا إلا لاعتبار الأحوال لأن السجود جاز كونه لله فيكون إسلاما فيجب كمال العقل ، وجاز كونه تعظيما للظاهرين عليهم تقية من القتل كما يفعلونه فكان موجبا لكماله فى اعتبار غير موجب فى اعتبار فقضى بالنصف . وجه اعتبار القرعة حديث عمران ابن حصين « أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة » رواه الجماعة إلا البخارى ، وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه لانقطاعه باطنا ، وقد علمت أن ما صح سنده جاز أن يضعف بعلة قادحة . ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة ، وكذا مخالفة العادة القاضية بخلافه ، قالوا : هذا يخالف نص القرآن بتحريم الميسر ، فإنه من جنسه لأن حاصله تعليق الملك أو الاستحقاق بالخطر ، والقرعة من هذا القبيل لأنها توجب استحقاق العتق إن ظهر كذا لا إن ظهر كذا ، وأما قضاء العادة بخلافه فإنها قاضية بنفى أن واحدا يملك ستة أعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا نحاس ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها ، ولا شىء قليل ولا كثير . وما قيل من أنه قد يتفق للعرب ذلك ليأخذوا غلتهم أو يكون وقع له ذلك فى غنيمة إن كان مع الفرض الذى فرضناه من عدم شىء قليل أو كثير من كل نوع فهو أيضا مما تقضى العادة بنفيه لأنه أندر نادر فكان مستحيلا فى العادة والعرف فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة ، كما قالوا فى المتفرد بزيادة من بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس أنه يحكم بغلطه وصار هذا من جنس خبر الواحد فيما تعم به البلوى . وأما ما قيل إنها واقعة حال فلا تعم فليس بشىء لأن الفعل وإن لم يعم فإنه يدل على طريق صحيح ، وإذا كان طريقا صحيحا جاز ارتكابه وتقرر الحكم به ، وإلا فمثله يلزم فيما استدللتم به لاعتبار الأحوال من قصة الخثعميين بلا فرق ، وكذا نحوه من أوجه ضعيفة ، وحقيقة الوجه ليس إلا دلالة العادة ، والكتاب على نفى مقتضاه فيحكم بغلطه من بعض رواته عن عمران ، ولذلك أجمع على عدم الإقراع عند تعارض البينتين للعمل بأحدهما ، وعلى عدمها أيضا عند تعارض الخبرين ، ونحن لا ننفى شرعية القرعة فى الجملة بل نثبتها شرعا لتطييب القلوب ودفع الأحقاد والضغائن كما فعل عليه الصلاة والسلام للسفر بنسائه ، فإنه لما كان سفره بكل من شاء منهن جائزا إلا أنه ربما يتسارع الضغائن إلى من يخصها من بينهن فكان الإقراع لتطييب قلوبهن ، وكذا إقراع القاضى فى الأنصباء المستحقة والبداية بتحليف أحد المتحالفين إنما

فيثبت فيه النصف . قال (فإن كان القول منه فى المرض قسم الثلث على هذا) وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهى سبعة على قولهما لأنا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع فنقول : يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة ، والعتق فى مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث ، فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى فى أربعة ويعتق من الباقيين من كل منهما سهمان ويسعى فى خمسة ، فإذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان . وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبة على ستة لأنه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر ، وباقى التخريج مامر

هو لدفع ماذكرنا من تهمة الميل . والحاصل أنها إنما تستعمل فى المواضع التى يجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى ، ومنه استهام زكريا عليه السلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كان لذلك ، وإلا فهو كان أحق بكفالتها لأن خالتها كانت تحته ، والله أعلم . فأما أن يتعرف بها لاستحقاق بعد اشتراكهم فى سببه فأولى منه ظاهر التوزيع لأن القرعة قد تؤدى إلى حرمان المستحق بالكلية لأن العتق إذا كان شائعا فيهم يقع فى كل منهم منه شىء ، فإذا جمع الكل فى واحد فقد حرم الآخر بعض حقه ، بخلاف ما إذا وزع فإنه ينال كلا شىء ، وأما إذا لم يكن شائعا فيهم كما تقدم فى العشرة المالكين لعشر جوار إذا أعتق أحدهم جاريته ثم لم تدر وصار ملك العشر لواحد حيث يعتق من كل عشرها وتسعى فى تسعة أعشارها ففيه إصابة المستحق بعض حقه يقينا ومع القرعة جاز أن يفوتها كل حقها (قوله فإن كان هذا القول منه فى المرض قسم الثلث على هذا) لأن العتق فى المرض وصية ومحل نفاذ الوصية الثلث ، فإن كانوا يخرجون من الثلث فلا إشكال ، وإن لم يخرجوا وليس له مال سواهم ولم تجز الورثة قسم الثلث وهو عتق رقبة بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته . قال المصنف (وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهى سبعة على قولهما) أى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، أما على قول محمد فستة وذلك لأنا نجعل كل رقبة على أربعة) وإنما نجعل كل رقبة على أربعة (لحاجتنا إلى ثلاثة أرباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة منه) من أربعة (ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة خارجة من الثلث فلا بد من

اعتبار الأحوال فى موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذى نحن فيه ، والخنثى ليس كذلك لأنه إذا بلغ مبلغ الرجال أو النساء لابد أن يتفلك لها ثدى أو تنبت له لحية وحينئذ يرتفع الاشتباه ، والوجه من الجانبين على ماذكره فى الكتاب وهو واضح . هذا إذا كان فى الصحة (فإن كان القول منه فى المرض) فإن كانوا يخرجون من الثلث فالجواب كذلك ، وإن لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم لأن العتق حينئذ وصية والوصية تنفذ من الثلث فيضرب كل بقدر وصيته ، فيجعل أولا كل رقبة على أربعة أسهم (لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع) فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان ، فكذا الداخل ويضرب الثابت بثلاثة الأرباع وهى ثلاثة أسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فإذا كان الثلث سبعة كان الجميع أحدا وعشرين وثلثا أربعة عشر لامحالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى فى خمسه ، وكذلك الداخل ، ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم ويسعى فى الأربعة . وأما على قول محمد فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلاثة أسهم والداخل بسهم ، فكانت

(قوله يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار) أقول : يعنى أن الكلام فى المستمر على الإشكال .

(ولو كان هذا فى الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه)

كون سهمان الورثة ضعفها لأن الثلثين ضعف الثلث وهما سهامهم فيبلغ كل المال أحدا وعشرين . وكل المال هو الأعبد الثلاثة فيكون كل منهم سبعة أسهم وهو ثلث المال بالضرورة فيعتق من الثابت ثلاثة من سبعة ويسعى فى أربعة ، ومن الآخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى فى خمسة فصار ثلاثة أرباع الثابت إلى ثلاثة أسباعه ، وذلك أقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك أقل من ثلثه بثلث سبع ، وأما قول محمد فإنما يضرب الداخل بسهم ويسعى فى خمسة فصار ربعه سدسا ، وعلى هذا تكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها البتة فتكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى فى ثلاثة فكان المعتق من مستحق ثلاثة الأرباع على قوله نصفه وعلى قولهما يعتق منه نصفه إلا نصف سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلثه ويسعى فى أربعة ، وعلى قولهما يعتق ثلثه إلا ثلث سبع ومن الداخل سهم واحد وهو سدسه ، وعلى قولهما يعتق سبعاه ، ولا يخفى أن الحاصل للورثة لا يختلف (قوله ولو كان هذا فى الطلاق) يعنى قال لزوجتين له إحدا كما طالق ، فخرجت إحداهما ودخلت زوجة له ثالثة فقال إحدا كما طالق (وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من المهر الخارجة ربعه) ووجب لها ثلاثة أرباعه (ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه) ووجب لها خمسة أثمانه (ومن مهر الداخلة ثمنه) ووجب لها سبعة أثمانه فألزمهما محمد رحمه الله المناقضة فإن سقوط ربع مهر الخارجة لوقوع طلاق بينها وبين الثابتة يسقط به نصف مهر من مهريهما ليست إحداهما أولى بسقوطه من الأخرى فوزع بينهما فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها . والكلام الثانى موجب فى حال هى أن تراد الخارجة دون حال وهى أن تراد الثابتة لأنه يصير جامعا بين أجنبية ومنكوحة لأنه

سهام الوصايا ستة ، فإذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى فى أربعة والثابت يعتق منه ثلاثة ويسعى فى ثلاثة ، والداخل يعتق منه سهم ويسعى فى خمسة ، ، فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثنى عشر وسهام الوصايا ستة . فإن قيل : ينبغى أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلا أجازت الورثة أو لم يجيزوا عندهما لأن الإعتاق لايتجزأ . أجيب بأن الإعتاق عندهما لايتجزأ إذا صادف محلا معلوما ، أما إذا كان بطريق التوزيع والانقسام باعتبار الأحوال فلا لأن ثبوته حينئذ بطريق الضرورة ، وما كان كذلك لايتعدى موضعها (قوله ولو كان هذا) أى ولو كان هذا الكلام (فى الطلاق وهنّ غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه . ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه) وهى مسئلة الزيادات يحتج بها محمد عليهما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسئلة واحدة والثمن فى الصداق بمنزلة الربع من العتاق لأن المستحق بالطلاق سقوطا على النصف من المستحق بالعتق ثبوتا فى الإيجاب

(قوله فإن قيل ينبغى أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلا الخ) أقول : قوله ولا سعاية عليهم منظور فيه ، وقوله لأن الإعتاق لايتجزأ لايفيده فإن كل واحد منهم يكون عندهما حينئذ حرا مديونا يسعى فى دينه فليتأمل ، فإنه يمكن أن يجاب أن المراد هو السعاية : الخلاص من الرقية ألا يرى إلى وجه الفرق عند أبى يوسف حيث جعل كلا من العبدين محلا للعتق ، وإلى قولهم بالتجزى فى الطلاق مع أنه أبعد عنه من العتاق لكونه محلا للاجتهاد فيه (قوله أجيب بأن الإعتاق الخ) أقول : ورد هذا الجواب فى فتح القدير فراجعه إن شئت (قوله لأن ثبوته حينئذ بطريق الضرورة الخ) أقول : الشيء إذا ثبت ولو بالضرورة ثبت بجميع لوازمه ، ومن لوازم الأعتاق عندهما أن يسرى ولا يتجزأ يظهر ذلك

قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة ، وعندهما يسقط ربعه ، وقيل هو قولهما أيضا ، وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها فى الزيادات

لاعدة لأنه قبل الدخول فيتنصف ويثبت به سقوط الربع موزعا ليسقط ثمن مهر الداخلة ومثله من مهر الثابتة فيضم إلى ماسقط مع الأولى فيتم لها ثلاثة أثمانه فيجب مثله فى مسئلة العتق فيعتق ربع الداخل لأن الثمن فى الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع لأن الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف . قال المصنف فى جوابه (قيل هذا) أى المذكور فى الطلاق (قول محمد وحده ، أما عندهما فيسقط ربع مهر الداخلة) لا الثمن فلا يتم به الإلزام (وقيل) بل (هو قولهما أيضا) والفرق ذكر المصنف أنه ذكره فى زياداته وذكر تمام تفريعاتها أيضا فيها . أما التفريعات فما قدمناه فى بيان العتق قبل موت أحد وبعد موت أحد العبدين ، وأما التفريعات فى الطلاق ، فمنها أن ميراث

الثانى (فقيل هذا قول محمد) فلا يكون حجة عليهما لأن عندهما يسقط ربعه (وقيل هو قولهما أيضا) فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق ، وفرق بأن الثابت فى العتق بمنزلة المكاتب لأنه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق إلى أيهما شاء من الثابت والخارج ، فادام له حق البيان كان كل واحد من العبدين حرا من وجه عبدا من وجه ، فإذا كانت الثابت كالمكاتب كان الكلام الثانى صحيحا من كل وجه لأنه دائر بين المكاتب والعبد إلا أنه أصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا : فأما الثابتة فى الطلاق فمترددة بين أن تكون منكوحة وبين أن تكون أجنبية لأن الخارجة إذا كانت مرادة بالإيجاب الأول كانت الثابتة منكوحة فيصح الإيجاب الثانى ، وإن كانت الثابتة هى المرادة بالإيجاب الأول كانت أجنبية فيلغو الإيجاب الثانى ، فجعلت أجنبية من وجه دون وجه فيصح الإيجاب الثانى من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهما الثمن . وأما التفريعات فنها ماذكرنا فى أول البحث إذا كان المولى والعبيد أحياء . ومنها إذا كان المولى حيا ومات أحد العبيد ، فإن مات الثابت عتق الخارج والداخل ، أما الخارج فلأن الكلام الأول أوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت بموته مزاحمته ، وكذلك الكلام الثانى أوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل ، وبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما ، وأما عند محمد فإنما يعتق الخارج لما قلنا ، وأما الداخل فلأن الثابت لما تعين للرق بموته ظهر أن الكلام الثانى صحيح بكل حال فصار قوله كقولهما وإن مات الداخل قيل للمولى أوقع العتق على أيهما شئت من الخارج والثابت ، فإن أوقعه على الخارج عتق الثابت أيضا لأنه ظهر أنه كان عبدا عند الإيجاب الثانى وبطل مزاحمة الداخل بموته ، وإن أوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة ، وكذا الداخل لأن المضموم إليه حرّ . قال الإمام فخر الإسلام فى شرح الزيادات : هذا عند محمد ، فأما عندهما فيجب أن يعتق الخارج والثابت لأن الكلام الثانى صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فأوجب تعيينه تعين الخارج بالكلام الأول ، وإن مات الخارج تعين الثابت بالكلام الأول وبطل الكلام الثانى لأن المضموم إليه حرّ ، هذه تفريعات العتاق. وأما تفريعات الطلاق : فمنها أن الزوج إذا كان حيا والنسوة أحياء وأوقع الطلاق الأول على الخارجة صح الكلام الثانى ، وله الخيار فى تعيين الثابتة أو الداخلة بالثانى ، وإن أوقعه على الثابتة لغا الكلام الثانى ، وإن أوقع الطلاق الثانى على الداخلة كان له الخيار فى تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الأول. ومنها أن الثابتة لو ماتت والزوج حى طلقت الخارجة والداخلة لما قلنا من بطلان المزاحمة بموتها ولكل واحدة ثلاثة أرباع المهر ، وإن

بملاحظة ماذكراه فى تعليل عدم تجزى الإعتاق (قوله كانت أجنبية الخ) أقول : إذ الكلام فى الطلاق قبل الدخول ولاعدة عليها حينئذ .

. . . .

النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة والأوليين نصفين نصفه للداخلة لأنه لايزاحمها إلا إحدى الأوليين : أعنى الثابتة والنصف الآخر بين الأوليين لأن إحداهما ليست أولى به من الأخرى . ومنها أن الثابتة لو ماتت والزوج حىّ طلقت الخارجة والداخلة لما ذكرنا فى العتاق ولكل واحدة على الزوج ثلاثة أرباع المهر ، وإن ماتت الداخلة كان عليه بيان الكلام الأول ، فإن أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضا لعدم مزاحمة الداخلة بالموت ؛ وإن أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة ، وإن ماتت الخارجة طلقت الثابتة دون الداخلة لما ذكرنا فى مسئلة العتق ، ولو لم تمت واحدة منهن حتى بين الزوج الطلاق الأول فى الخارجة صح وعليه بيان الثانى ، وله الخيار فى تعيين الثابتة أو الداخلة به ، وإن بين الطلاق الأول على الثابتة لغا الكلام الثانى ، وإن أوقع الطلاق الثانى على الداخلة كان له الخيار فى تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الأول ، وإن أوقعه على الثابتة طلقت وطلقت الخارجة أيضا لما تقدم . وأما الفرق فهو أن الكلام الثانى فى العتق صحيح من كل وجه فى حق الداخل ولا إشكال فيه . وكذا فى حق الثابت . أما على قول أبى حنيفة رحمه الله فظاهر لأنه عتق نصفه وهو يقول بتجزى الإعتاق ومعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح اللفظ الثانى بالنسبة إليه أيضا : بخلاف الطلاق لأنه ليس بين كون المرأة محلا للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الإيجاب الثانى فيه دائرا بين كونه موجبا لسقوط النصف وكونه غير موجب شيئا بخلافه فى العتق . وأما على قول أبى يوسف وهو لايقول بتجزى الإعتاق فلأن الثابت دائر بين أن يكون حرّا وبين أن يكون عبدا . فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق إلى آخر ماذكرنا لأبى حنيفة . ولا يخفى أن المراد من كون الثابت عتق نصفه على قول أبى حنيفة فيصير بذلك مكاتبا فى الإيجاب الثانى إنما هو بعد موت المولى ، وإلا فالإيجاب الأول إنما مقتضاه عتق واحد من الاثنين بكماله فلا يحكم بعتق نصف أحد به ؛ لكن عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت المولى قسمناه بينهم ؛ فقد يقال من طرف محمد رحمه الله : إن اعتبار الأحوال إنما هو حال صدور مايجب اعتباره ، وحال صدور الإيجاب الثانى لم يكن فى الثابت عتق أصلا . ويجاب بأنه إنما يجب الاعتبار حال صدوره إذا كان لتعرف حكمه إذ ذاك : ونحن إنما نريد أن نتعرف حكم الكلام بعد الموت . وفرق آخر وهو أن الكلام الأول يعتبر تعليقا فى حق الداخل بحكم يقبل التعليق وهو وقوع العتق . أما البراءة عن المهر فلا تحتمله من جهة الزوج . فإن البراءة إنما تكون من قبل المرأة فيعتبر تنجيزا فى حق البراءة ، وإذا اعتبر تنجيزا كان الكلام الثانى مترددا بين أن يوجب أو لايوجب شيئا فأوجب سقوط ربع المهر من الثابتة والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن وتستحق ثلاثة أثمان مهرها ومن الثابتة كذلك وكان سقط ربعها بالأول فيسقط ثلاثة أثمان مهر وتستحق ثمنا واحدا . هذا ولا يخفى أن تخصيص أبى يوسف

ماتت الداخلة كان مخيرا فى الأخريين بالكلام الأول ، فإن أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت ، وإن أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة ، فإن ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر فى المسئلة العتاق . ومنها أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة والأوليين نصفين ، نصفه للداخلة لأنه لايزاحمها إلا إحدى الأوليين ،والنصف الآخر بين الأوليين لأن إحداهما ليست بأولى به . قال

(قوله لايزاحمها إلا إحدى الأوليين) أقول : يعنى الثابتة .

(ومن قال لعبديه أحدكما حرّ فباع أحدهما أو مات أو قال له أنت حر بعد موتى عتق الآخر) لأنه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ، ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير إبقاء الانتفاع إلى موته ، والمقصودان

فى الفرق بما ذكر يقتضى أنه لايقول بتجزى الإعتاق فى الأعبد فيقوى به ماذكرنا من سقوط ذلك السؤال (قوله ومن قال لعبديه أحدكما حرّ فباع أحدهما أو مات أو قال له) أى لأحدهما (أنت حر بعد موتى عتق الآخر) المقصود ذكر مايقع به البيان فى العتق المبهم ، ومعلوم أن العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند الشافعى ومالك ، وعند أحمد لابيان إلا بالقرعة ، وباللفظ لايصح إلا أن يقول كنت نويته عند التلفظ به ، وعند الظاهرية لايعتق أصلا . والبيان يقع صريحا كقوله اخترت أن يكون هذا حرا بذلك اللفظ الذى قلته ، أو يقول أنت حرّ بذلك العتق أو أعتقتك بذلك العتق ، أما إذا اقتصر على قوله أنت حرّ ثم قال أردت بذلك العتق فإنه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر ، ولو لم يقل شيئا عتق هو والآخر معا لأن هذا عتق آخر نازل بغير الأول وبه لم يبق محلا لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق بذلك الإعتاق . ودلالة كما إذا باع مطلقا أو بشرط الخيار لأحد المتبايعين بيعا صحيحا أو فاسدا مع قبض ودونه فى الصحيح لأن البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان مخرجا له عن الملك كما لو نجز عتق أحدهما أو باعه أو لا ، ولذا عتق الآخر بالمساومة فى صاحبه ، وهذا لأن ذلك يدل على قصده استبقاء ملكه فى الذى تصرف فيه فيقع بيانا لعتق الآخر ، وحكما كما إذا مات أحدهما فإنه يعتق الآخر : وليس بيانا من المتكلم لأنه ليس اختياريا ، ولأن البيان إنشاء من وجه ولا إنشاء فى الآخر بموت قرينه لأن الإنشاء صفة اللفظ ، بل لزم من طريق الحكم ذلك بسبب فوات محلية الذى مات لنزول العتق فيه ، ولابد من عتق أحدهما بعينه فلزم لذلك الكلام عتق الحى وما يقع به البيان فى العتق المبهم المنجز يقع به فى المعتق المبهم المعلق كأن قال إذا جاء زيد فأحدكما حر ، فلو مات أحدهما قبل الشرط أو تصرف فيه بإزالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقى . وفرق بين البيان الحكمى والصريح ، فإن الحكمى قد رأيت أنه يصح قبل الشرط ، بخلاف الصريح ؛ فإنه لو قال قبل الشرط اخترت أن يعتق فلان ثم وجد الشرط لايعتبر لأنه اختيار قبل وقته ، كما لو قال أنت حرّ إن دخلت هذه الدار أو هذه ثم عين إحداهما للحنث لايصح تعيينه ولو باع أحدهما أو كليهما ثم اشتراهما ثم جاء زيد ثبت حكم العتق المبهم فيعتق أحدهما ويؤمر بالبيان لأن زوال الملك بعد اليمين لايبطلها . وعن محمد : لو كان اليمين قبل الحرية المجهولة يعنى قال لعبده إن دخلت فأنت حرّ ثم قال له مع آخر أحدكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعتقه عتق الآخر لفوات محلية المحلوف بعتقه بالعتق فصار كموته ولو كاتب أو رهن أو آجر يكون بيانا ، ولو استخدم أحدهما أو قطع يده أو جنى عليه لايكون بيانا (قوله لأنه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع) أى ولم يبق محلا للعتق من جهة المولى المتكلم بالعتق المبهم بسبب بيعه إياه (وللعتق من كل وجه) أى ولم يبق محلا للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله أحدكما حرّ فإن حاصله تعليق عتق كامل بالبيان ، وبالتدبير لم يبق عتقه عتقا كاملا لا ستحقاقه العتق عند الموت (فتعين الآخر ، ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير) قصد (استبقاء الانتفاع) به مدة حياته وأن يعتقه بعد موته (والمقصودان

(ومن قال لعبديه أحدكما حرّ) كلامه على ماذكر فى الكتاب واضح ، خلا أن قوله لأنه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت . أورد عليه ما لو قال لأمتيه إحدى هاتين ابنتى أو أم ولدى وماتت إحداهما لم تتعين الحرية والاستيلاد

ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا إذا استولد إحداهما للمعنيين ، ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب والمعنى ماقلنا ، والعرض على البيع ملحق به فى المحفوظ عن أبى يوسف ، والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تمليك؛

يعنى الوصول إلى الثمن والانتفاع المستمر إلى الموت (ينافيان العتق الملتزم بالإيجاب المبهم فيتعين له الآخر دلالة) (قوله وكذا إذا استولد إحداهما) أى إذا وطئ إحداهما فعلقت لأنها صارت أم ولد له فتعينت الأخرى للعتق للمعنيين وهما كونها لم تبق محلا للعتق من كل وجه كالمدبر وقصد إبقائها للانتفاع بها إلى الموت ، وإنما قيدنا الوطء بالمعلق لأن الوطء غير المعلق ليس بيانا عند أبى حنيفة كما سنذكر . واستشكل على تعين الآخر بموت أحدهما ما لو اشترى أحد العبدين وسمى ثمن كل منهما على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء فمات أحدهما حيث يتعين للبيع الميت لا الحىّ مع أن بالموت لم تبق محلية البيع كما لم تبق محلية العتق ، ومالوقال لأمتيه إحدى هاتين بنتى أو أم ولدى ثم ماتت إحداهما لاتتعين الحية للاستيلاد ولا للحرية . وجواب الأول الأول بالفرق بأن عند إشراف أحدهما على الموت تعين البيع فيه لأنه تعذر رده كما قبضه فإنه لايخلو عن مقدمة تعييب فإنما تعين للبيع وهو حىّ لا ميت ، ولا يتعين العتق بالإشراف على الموت ، فلو عتق كان بعد الموت فامتنع فمات رقيقا لعدم موجب النقل فتعين الآخر للعتق . وجواب الثانى بأنه ليس إيقاعا بصيغته بل إخبار ، ويجوز أن يخبر بهذا عن الحى والميت فيرجع إلى بيان المولى . وقوله(لإطلاق جواب الكتاب) يريد الجامع الصغير . وقوله (والمعنى ماقلنا) أى من أنه قصد الوصول إلى الثمن ، والوصول إلى الثمن ينافى العتق فتعين الآخر للعتق (قوله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تمليك) روى عن محمد فى الإملاء : إذا وهب أحدهما وأقبض أو تصدق وأقبض عتق الآخر ،

فى الحية . وأجيب بأن هذا الكلام ليس بإيقاع بصيغته بل هو إخبار ، ويجوز أن يخبر بهذا عن الميت والحى فيرجع إلى بيان المولى وأما الإنشاء فلا يصح إلا فى الحى ، وأما فى مسئلتنا فإنما يتعين أحدهما للحرية إذا مات الآخر لأن البيان قائم بوصفين ، بوصف الإنشاء ، وبوصف الإظهار ، وهذا لأن قوله أحدكما حرّ لايثبت العتق فى واحد منهما بعينه ، ولهذا قيل فيه العتق غير ثابت ، فبالنظر إلى هذا يكون البيان إنشاء ، ومن حيث أن العتق لايعدوهما كان البيان إظهارا ، ولهذا يعتبر البيان من جميع المال إن كان فى مرض الموت لوجود العتق المبهم فى الصحة ، وإذا كان كذلك فإنما يصح البيان فى محل يحتمل الإنشاء والميت لايحتمل الإنشاء فتعين الآخر للعتق ضرورة . وقوله(وكذا إذا استولد إحداهما) يعنى إذا وطئ إحداهما فعلقت منه لأنها صارت أم ولد له ، فمن ضرورة صحة أميّة الولد واستحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها ، وإذا انتفى عن إحداهما تعين فى الأخرى لزوال المزاحمة . وقوله(للمعنيين) يعنى عدم محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه وإبقاء الانتفاع إلى موته(ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه و)(البيع المطلق)عن الخيار (و)البيع بشرط الخيار لأحد المتعاقدين(لإطلاق جواب الكتاب) يعنى الجامع الصغير حيث قال فيه باع أحدهما ولم يقيده بشىء(والمعنى ماقلنا) وهو أنه قصد الوصول إلى الثمن والوصول إليه ينافى العتق فتعين الآخر له(والعرض على البيع ملحق بالبيع فى المحفوظ عن أبى يوسف)روى ابن سماعة عن أبى يوسف : إذا ساوم أحدهما كان بيانا : يعنى لتعين العتق فى الآخر قيل مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع وحفظ ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة . وقوله (والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع)قيل التسليم ليس بشرط وإنما ذكره تأكيدا لأن محمدا رحمه الله ذكر فى الإملاء : إذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدّق وأقبض

قال المصنف : (لإطلاق جواب الكتاب) أقول : مجرد الإطلاق لايكفى لأنه يصرف إلى الكامل فالمآل إلى ملاحظة المعنى (قوله ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة) أقول : يعنى فى الأصول (قوله قيل التسليم ليس بشرط وإنما ذكره تأكيدا لأن محمدا الخ) أقول : يعنى إنما ذكره تبعا

وكذلك لوقال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما لما قلنا ، وكذلك لو وطئ إحداهما لما نبين (ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالا تعتق لأن الوطء لايحل إلا فى الملك وإحداهما حرة فكان بالوطء مستبقيا الملك فى الموطوءة فتعينت الأخرى لزواله بالعتق كما فى الطلاق وله أن الملك قائم فى الموطوءة لأن الإيقاع فى المنكرة وهى معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤهما على مذهبه إلا أنه لايفتى به ،

قالوا : ذكره الإقباض توكيد لا للشرط لما فى المبسوط والمحيط وغيرهما أن البيان باعتبار دلالة تصرف مختص بالملك ولأن المساومة إذا عينت الآخر وليس فيها خروج عن الملك فعقد الهبة والصدقة والبيع الفاسد وهو أدخل فى طريق الملك أولى أن يعينه (قوله وكذلك لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما) يعنى تطلق الحية (لما قلنا) فى العتق من عتق الباقى بموت أحدهما لعدم محلية العتق (وكذا لو وطئ إحدى المرأتين تطلق الأخرى لما نبين) فى مسئلة الأمتين التى تليها (قوله ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما) ولم تعلق (لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة) وبه قال أحمد . أما لو علقت عتقت الأخرى اتفاقا ، ولو قال إحداكما مدبرة ثم وطئ إحداهما لايكون بيانا بالإجماع لأن التدبير لايزيل ملك المنافع بخلاف العتق (وقالا تعتق) وبه قال الشافعى ومالك فى رواية (لهما أن الوطء لايحل إلا فى ملك) وإحداهما ليست فى الملك لعتق إحداهما بذلك الكلام . ولذا لو قتلهما إنسان وجب نصف دية وقيمة لكل منهما فكان بوطء إحداهما مبينا للمستبقى لملكها (فتعينت الأخرى لزواله بذلك العتق كما فى الطلاق) المبهم فإنه إذا قال لزوجتيه إحداكما طالق ولم يدخل بهما أو دخل فقال طالق بائن أوثلاثا فوطئ إحداهما طلقت الأخرى اتفاقا ، وإنما قيدنا الطلاق بما ذكرنا ، لأنه لو كان رجعيا لا يكون الوطء بيانا لطلاق الأخرى لحل وطء المطلقة الرجعية ، ذكره فى النوادر وهل يثبت البيان فى الطلاق بالمقدمات ؟ فى الزيادات لايثبت . وقال الكرخى : يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء (وله أن الملك قائم فيهما) جميعا حتى

عتق الآخر ، ولأن البيع الفاسد يعين الآخر للعتق وإن لم يكن قبض ، فكذلك الهبة والصدقة لأن كلا منهما لايفيد الملك بدون القبض . وهذا لأن التعيين إنما يحصل بوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد (وكذلك إذا قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما لما بينا) أن الميت لم يبق محلا للعتق فكذلك لم يبق محلا للطلاق فتعين الأخرى له (وكذا لو وطئ إحداهما لما نبين) فى المسئلة التى بعد هذه . (ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة . وقالا : تعتق لأن الوطء لايحل إلا فى الملك وإحداهما حرة) لا ملك فيها فالوطء لايحل فيها ، فإذا وطئ إحداهما جعل مستبقيا للملك فيها ليقع الوطء حلالا حملا لأمره على الصلاح ، فإذا تعينت تلك للملك تعينت الأخرى لزواله بالعتق (ولأبى حنيفة رحمه الله أن الملك قائم فى الموطوءة) أى فى التى توطأ من كل منهما ، وإذا كان الملك قائما كان وطؤها حلالا ، أما أن الملك قائم فلأن إيقاع العتق إنما هو فى المنكرة (وهى) أى الموطوءة غير منكرة بل هى (معنية) فلا يكون الإيقاع فيها ، وإذا لم يكن الإيقاع فيها لايكون الملك عنها زائلا ، وأما أن الملك إذا كان قائما كان الوطء حلالا فظاهر لايحتاج إلى بيان ، وإذا كان الوطء حلالا لم يكن بيانا لأن كل واحدة منهما على هذه الصفة (ولهذا حل وطؤهما على مذهبه) وهذا فى غاية الدقة ويلوح منه سيما التحقيق (إلا أنه لايفتى به) قيل لأن المنكرة التى يثبت فيها العتق لاتخلو عنهما ، ومبنى الحل

لمحمد لالأنه شرط (قال المصنف : لان الإيقاع فى المنكرة) أقول : أى المبهمة الدائرة بين كل منهما وهى غير المعينة كما لايخفى (قوله فظاهر لايحتاج إلى البيان) أقول : فيه بحث ، فإن الملك باق فى المكاتبة ولا يحل وطؤها وقد مر فى الدرس السابق أن مثلها فى حكم المكاتب ، وبالجملة

ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به أو يقال نازل فى المنكرة فيظهر فى حق حكم تقبله والوطء يصادف المعينة ، بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصلى من النكاح الولد ، وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك فى الموطوءة صيانة للولد ، أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء

قال يحل وطؤهما ، ولهذا لو وطئتا بشبهة كان الواجب عقر مملوكتين ويكون كله للمولى ، وإنما يملك البدل بملك الأصل ، وهذا لأن العتق فى المنكرة : أى المبهمة الدائرة بين كل منهما وهى غير المعينة وتنافيها ، لأن المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الأخرى فى حق العلم والمبهمة أحد دائر بينهما ووقوعه فى المعينة مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقا به ، والمعلق بالشرط عدم قبله ، فهو كما لو قال لزوجته إن طلقتك فأنت طالق أو لأمته إن دخلت فأنت حرة فإن له وطأهما قبل الشرط لقيام الملك فى الحال. فقولهما إحداهما حرة إن أريد المعينة منعناه أو المبهمة سلمناه ، ولا يفيد لأن الوطء إنما يقع فى المعينة فوطؤهما لم يقع فى محل الحرمة فحل ، فإذا حل وطء كل منهما لم يكن وطء إحداهما دليلا على تحريم الأخرى بعتقها ، وإنما يلزم إذا كان الحلال وطء إحداهما فقط وهو ممنوع وحينئذ يرد النقض بالوطء بالطلاق المبهم فإنه لو صح ماذكر لزم حل وطئهما لوقوعه فى معينة والمطلقة هى المبهمة ، فإذا أجيب عنه بتقييد خلهما بما إذا لم تتعين إحداهما للطلاق وبمجرد وطء إحداهما تتعين الأخرى فتحرم بخلافه فى العتق عاد أول المسئلة وهو أنه كما كان الوطء بيانا فى الطلاق يجب أن يكون بيانا فى العتق لأن الملك فى الزوجتين المعينتين قائم ، وإنما المطلقة هى المبهمة ، ولا جواب له سوى أن الدال فى الأصل : أعنى الطلاق المبهم ليس إلا قصد الاستبقاء فإنه هو الدليل على نفى الأخرى إذا كان الواجب إخراج إحداهما عن الملك وهو مبطن فيدار على دليله وهو الوطء لطلب الولد ، فإن طلبه يفيد استبقاء من هو منها كى لايضيع حاله ، ووطء

والحرمة على الاحتياط ، وهو فاسد لأن فيه تلويحا إلى ترك أبى حنيفة الاحتياط ، وأرى أنه لايفتى به لئلا يتخذ مغمزا لأبى حنيفة بترك الاحتياط . فإن قيل : العتق إما أن يكون نازلا أولا ، فإن كان غير نازل كان إهمالا للفظ عن مدلوله ، وإن كان نازلا لايجوز وطؤهما . أجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثانى (ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به) أى لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول ، فكذا هذا ، وقال على الشق الأول (أو يقال نازل) أى العتق نازل (فى المنكرة فيظهر فى حق حكم تقبله) كالبيع فإن المنكر يقبله بأن يشترى أحد العبدين على أن المشترى بالخيار فيهما فإنه يصح (والوطء) لاتقبله المنكرة لأنه (يصادف المعينة) إذ هو أمر حسى لايقع إلا فى المعين ، ووطء غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطء بيانا فى الأخرى . فإن قيل : فكيف وقع بيانا فى الطلاق ؟ أجاب بقوله (بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصلى من النكاح الولد ، وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك فى الموطوءة صيانة للولد أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء) وهذا على طريقة تخصيص العلل ، فإما أن يكون المصنف اختار جوازه ، أو يحمل على المخلص المعروف فى أصول الفقه وقد قررناه فى التقرير أوفى تقرير .

فما ذكره محتاج إلى البيان ، ولعل البيان يستفاد من تقرير المصنف فافهم (قوله فكذا هذا) أقول : فلا يلزم الإهمال (قال المصنف : لأن المقصود الأصلى من النكاح الخ.) أقول : وهذا هو الجواب أيضا فى الوطء المعلق (قال المصنف : فلا يدل على الاستبقاء) أقول : إلا إذا كان الوطء معلقا .

(ومن قال لأمته إن كان أوّل ولد تلدينه غلاما فأنت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما ولد أوّلا عتق نصف الأم ونصف الجارية والغلام عبد) لأن كل واحدة منهما تعتق فى حال وهو ما إذا ولدت الغلام أول مرة

المنكوحة هو المفيد لطلب الولد ظاهرا لأنه هو الذى وضع له عقدها لاوطء الأمة لأن عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام ، ووطؤها من جملة الاستخدام قضاء للشهوة ، فلم يكن وجوده دليلا على قصد الولد دلالة ظاهرة ، وعلى هذا فيكفى فى دليلهما أن يقال وطء إحداهما دليل استبقائها كالوطء فى الطلاق المبهم ، وفى وجه قوله منع دلالته ، والفرق بما ذكرنا ،ولاحاجة إلى إثبات الملك فيهما وحل وطئهما . ثم القول بأنه لايفتى به لترك الاحتياط فالحق أنه لايحل وطؤهما كما لايصح بيعهما ، وقد وضع فى الأصول مسئلة يجوز أن يحرم أحد أشياء كما يجوز إيجاب أحد أشياء كما فى خصال الكفارة وحكم تحريم أحد أشياء جواز فعلها إلا واحدا لأنه لو عمها فعلا كان فاعلا للمحرم قطعا ولا يعلم خلاف فى ذلك ، وثبوت الملك قد يمتنع معه الوطء لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطء . وهنا كذلك فإن موجب اللفظ وهو عتق إحداهما لايعدوهما ، ففى وطئهما وطء المحرّمة بيقين فلا يحل قطعا وإن كان الملك قائما فيهما . بخلاف أخذه أرش الجناية عليهما لأنه بدل الملك غير مقيد بحل الوطء ، وغرامة قيمة مملوكين كذلك أيضا . وإنما وجب نصف قيمة ودية لكل منهما إذا قتلهما رجل لصحة إثباته بدون التعيين ، وإنما يتنصف لأن إحداهما حرّة بيقين ولا تعرف فتنصف فى الضمان ثم ماهو قيمة للمولى وما هو دية للورثة ، بخلاف ما لو قتلهما رجلان فإن على كل منهما قيمة أمة إذ ليست كل منهما حرّة فى نفس الأمر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الإيجاب على العاقلة من غير يقين بالضمان عليهم ، بخلاف قتل واحد فإن الحرة لاتعدوهما فتحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتوزع فيهما . وقولهم وقوع الطلاق فيهما معلق بالبيان فجاز وطؤهما غير صحيح ، إذ لاتعليق بل تنجيز مأمور فى الشرع بتعيين محله ، ولو كان يمينا محضا لم يجبر على إيقاع شرطه كسائر الأيمان ، وهنا يجبر على البيان الذى هو بمنزلة الشرط فعرف أنه شبيه به من حيث توقف الوقوع فى المعينة عليه شبها لايوجب حقيقة أحكامه من حل الوطء قبل الشرط فيهما ، وأبو حنيفة لم ينقل عنه ذلك صريحا بل خرج من تعليله الملك فيهما بحل وطء إحداهما

[فروع] من البيان لو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم قال لم أعن هذه عتقت الأخرى ، ولو قال بعد ذلك لم أعن هذه الأخرى عتقت الأولى فتعتقان ، لأن قوله لم أعن هذه إقرار بعتق الأخرى فقد أقرّ بعتقهما . وكذا هذا فى الطلاق ، بخلاف مالو قال لأحد هذين علىّ ألف فقيل له أهو هذا فقال لا لم يجب للآخر شىء . والفرق أن البيان فى الإقرار المبهم ليس واجبا بخلافه فى إنشاء الطلاق والعتاق المبهم . ولو قال أمة وعبد من رقيقى حران ومات قبل البيان ، فإن كان له أمة وعبدان عتقت الأمة ومن كل عبد نصفه ، وإن كانوا ثلاثة عتق من كل ثلثه ويسعون فى الباقى ، ولو تعددت الإماء فعلى هذا القياس إن كانتا أمتين عتق من كل نصفها أو ثلاثا عتق من كل ثلثها وتسعى فى الباقى ، والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله ومن قال لأمته إن كان أوّل ولد تلدينه غلاما فأنت حرّة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما ولد أولا عتق نصف الأم) وتسعى فى قيمة نصفها (ونصف الجارية) وتسعى فى النصف (والغلام عبد) لأن كل واحدة من الأم والجارية تعتق فى حال وهو ما إذا ولدت الغلام أولا

قال (ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة) كلامه على ماذكره واضح . وقال شمس الأئمة

الأم بشرط والجارية لكونها تبعا لها ، إذ الأم حرة حين ولدتها ، وترق فى حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى فى النصف ، أما الغلام يرق فى الحالين فلهذا يكون عبدا ،

فعتق الأم لوجود شرط عتقها والجارية لكونها تبعا للأم فى الرق والحرية وقد ولدتها وهى حرة وترق فى حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولا لعدم الشرط ، فإذا عتقتا فى حال دون حال فيعتق نصف كل منهما ، والغلام عبد فى الحالين لأنه ولد وأمه قنة فإنها إنما تعتق بعد ولادتها إياه أولا لأن ولادته شرط عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى فى الجامع الصغير من غير خلاف فيه . والمذكور لمحمد فى الكيسانيات فى هذه المسئلة أنه لايحكم بعتق واحد منهم لأنا لم نتيقن بعتقه واعتبار الأحوال بعد التيقن بالحرية ، ولا يجوز إيقاع العتق بالشك ، فعن هذا حكم الطحاوى بأن محمدا كان أولا مع أبى حنيفة وأبى يوسف ثم رجع . وفى النهاية عن المبسوط أن هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل فى هذا الفصل لايحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله مايعلم أنها ولدت الغلام [١] أولا . فإن نكل فنكوله كإقراره ، وإن حلف فكلهم أرقاء ، وأن جواب هذا الفصل إنما هو فيما إذا قال إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة ، وإن كان جارية فهى حرة فولدتهما ولا يدرى الأول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الأم ، ولاشك أن هذا ليس جواب الكتاب لأن فى هذه الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال لأنها إن ولدت الجارية أولا عتقت بالشرط ، وإن ولدت الغلام أولا عتقت تبعا للأم . وأما انتصاف عتق الأم فلأنها تعتق فى ولادة الغلام أولا وترق فى الجارية ، وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الأم . وصحح فى النهاية ما فى الكيسانيات لأن الشرط الذى لم يتيقن وجوده إذا كان فى طرف واحد

السرخسى فى المبسوط : وذكر محمد رحمه الله فى الكيسانيات هذا الجواب الذى ذكر ليس جواب هذا الفصل ، بل فى هذا الفصل لايحكم بعتق واحد منهم ، ولكن يحلف المولى بالله مايعلم أنها ولدت الغلام أولا ، فإن نكل عن اليمين فنكوله كإقراره ، وإن حلف فهم أرقاء . وأما جواب الكتاب ففى فصل آخر ، وهو ما إذا قال المولى لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة ، وإن كان جارية فهى حرة ، فولدتهما جميعا ولا يدرى أيهما أول فالغلام رقيق والابنة حرة ، ويعتق نصف الأم لأنها إن ولدت الغلام أولا فهى حرة والغلام رقيق ، وإن ولدت الجارية أولا فالجارية حرة والغلام والأم رقيقان ، فالأم تعتق فى حال دون حال ، فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين إما بعتق نفسها وإما بعتق الأم . قال صاحب النهاية : وما ذكره فى الكيسانيات هو الصحيح لما أن الشرط الذى لم يتيقن بوجوده : وهو ما إذا كان فى طرف واحد كان القول فيه قول من ينكر وجوده باليمين ، كما إذا قال لعبده إن دخلت الدار غدا فأنت حر فمضى الغد ولم يدر أنه دخل الدار أم لا لايعتق لأنه وقع الشك فى شرط العتق ، فكذلك ههنا وقع الشك فى شرط العتق وهو ولادة الغلام أولا . وأما إذا كان الشرط مذكورا فى طرفى الوجود والعدم كان أحدهما موجودا لامحالة فحينئذ يحتاج إلى اعتبار الأحوال كما

(قوله فيه القول قول من ينكر) أقول : ضمير فيه راجع إلى الشرط .

---

(١) (قوله الغلام) هكذا فى عدة نسخ ، ومثله فى شرح الزيلعى وهو الصواب ، فما وقع فى بعض النسخ من إبداله بالجارية تحريف من الناسخ ، كذا بهامش نسخة العلامة البحراوى ، كتبه مصححه .

وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أوّلا وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لإنكاره شرط العتق ، فإن حلف لم يعتق واحد منهم ، وإن نكل عتقت الأم والجارية لأن دعوى الأم حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول فى حق حريتهما فعتقتا ، ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدّع شيئا والمسئلة بحالها عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية لأن دعوى الأم غير معتبرة فى حق الجارية الكبيرة ، وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم يظهر فى حق الجارية

كان القول قول من أنكر وجوده ، كما إذا قال إن دخلت غدا فأنت حرّ فضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا للشك فى شرط العتق ، فكذا وقع الشك فى شرط العتق وهو ولادة الغلام أوّلا ، وأما إذا كان الشرط مذكورا فى طرفى الوجود والعدم كان أحدهما موجودا لامحالة فحينئذيحتاج إلى اعتبار الأحوال . فإن قلت : المفروض فى صورة الكتاب تصادقهم على عدم علم المتقدم والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع ؟ قلنا : هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الأمة أو بنتها لوجود الشرط ، وقد عرف أن الأمة لو أنكرت العتق وشهد به تقبل ، فعلى هذا جاز أن يدعى رجل حسبة إذا لم تكن بينة ليحلف لرجاء نكوله ، هذا ولكن المذكور فى المبسوط فى تعليله صرح بأن الأم تدعى العتق والمولى ينكر والقول للمنكر مع يمينه ، فأفاد أن ذلك فى صورة دعوى الأم وهى غير هذه الصورة التى فى الكتاب . واعلم أن ماذكر فى النهاية من ترجيح ما فى الكيسانيات حقيقته إبطال قول أبى حنيفة وأبى يوسف مع أنه لم ترد عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب . واستدلاله بأن الشرط الكائن فى طرف واحد الخ قد ينظر فيه بأن ذلك فى الشرط الظاهر لا الخفى ولهذا قيد فى المبسوط حيث قال إذا قال إن فعلت كذا فأنت حرّ ، وذلك من الأمور الظاهرة كالصوم والصلاة ودخول الدار فقال العبد فعلت لايصدّق إلا ببينة ، بخلاف قوله إن كنت تحبينى الخ ، فيمكن أن تكون الولادة من الأمور التى ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الأحوال فيعتق نصف الأم كما فى الجامع (قوله وإن ادّعت الأم أن الغلام هو المولود أولا وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين) باللهمايعلم أن الغلام ولد أوّلا (لإنكاره شرط العتق فإن حلف لم يعتق واحد منهم ، وإن نكل عتقت الأم والجارية) معا (لأن دعوى الأم حرية الصغيرة) تثبت فى ضمن دعواها حرية نفسها لأنها نفع محض مع ثبوت ولايتها عليها فى الجملة وعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبر نكوله فى حق حريتهما فعتقتا (فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا) من الحرية لنفسها (وباقى المسألة بحاله) يعنى ولدتهما فادعت الأم تقدم الغلام ، وأنكر المولى والجارية بالغة فحلف فنكل عتقت الأم خاصة بنكوله لأن دعوى الأم حريتها غير معتبرة فى الجارية الكبيرة لأن الدعوى عن الغير إنما تصح بولاية أو إنابة وهما منتفيتان عن الكبيرة فلا تتضمن دعوى الأم حرية نفسها دعواها حرية البنت. فإن قيل إذا ثبت عتق الأم ينبغى أن تثبت حرية بنتها لأنه لازم له فالإقرار بحريتها إقرار بحرية الأخرى. أجيب بمنع كون عتق الأم بالنكول عتقا بوجود الشرط لجواز كونه بذلا لماليتها من المولى ليترك الحلف أو إقرارا بحريتها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت ، وبأن النكول جعل إقرارا على قولهما بطريق الضرورة . ولهذا لايثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء ، ولهذا قال محمد فيمن قال لغيره أنا كفيل بكل ما يقرّ لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فأنكر فحلف فنكل

ولو كانت الجارية الكبيرة هى المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما قلنا ، والتحليف على العلم فيما ذكرنا لأنه استحلاف على فعل الغير ، وبهذا القدر يعرف ماذكرنا من

يقضى عليه بالمال ولا يصير الرجل كفيلا ، ولو كان إقرارا من كل وجه صار كفيلا (قوله ولو كانت الجارية الكبيرة هى المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكتة والباقى بحاله ثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما قلنا) فى أن دعوى الأم حرية نفسها غير معتبرة فى حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول يبنى على صحة الدعوى (قوله وبهذا القدر يعرف ماذكرنا فى كفاية المنتهى من الوجوه الباقية) وهى ما إذا اتفقوا على أن ولادة الغلام أوّلا واتفقوا على أن ولادة الجارية أوّلا فلا يعتق أحد فى الثانى ويعتق كل الأم والجارية فى الأول ، وبهما تم الأوجه للمسئلة ستة .

[فرع] فى المحيط : لو قال إن كان أوّل ولد تلدينه غلاما فأنت حرة ، وإن كان جارية ثم غلاما فهما حرّان فولدت غلاما وجاريتين ولا يعلم الأول عتق نصف الأم ونصف الغلام وربع كل واحدة من الجاريتين ، أما الأم فلأنها تعتق فى حال دون حال وهو رواية ، وفى عامة الروايات يجب أن يعتق ثلثها لأنها تعتق فى حال وترق فى حالين بأن كانت ولادة إحدى الجاريتين أولا ، وأما الغلام فإنه يعتق فى حال بأن ولدت إحدى الجاريتين أولا ، ويرق فى حال بأن ولدت الغلام أوّلا ، وأما الجاريتان فيعتق من كل ربعها فى عامة الروايات لأن إصابة الحرية بجهتين متعذر لأن الشخص إذا عتق تبعا للأم لايتصور أن يعتق بعتق نفسه . ومتى عتق بعتق نفسه لايعتق تبعا للأم ، فلابد من إلغاء إحدى الجهتين فألغينا إصابة العتق من جهة الأم . واعتبرنا الإصابة بعتق أنفسهما لأنهما أقل وهو المتيقن ، فإن كانت ولادة الغلام أوّلا لايعتقان بعتق أنفسهما ، وإن كانت ولادة الجارية أولا تعتق الأخيرة بعتق نفسها فتثبت لهما حرية فى حال دون حال فيثبت نصفه بينهما . وقال أبوعصمة : ينبغى أن يعتق من كلا ثلاثة أرباعها لأن الغلام لوكان أوّلا تعتق الأم فتعتق الجاريتان بعتقها ، ولو كانت إحدى الجاريتين أوّلا ثم الغلام عتقت الجارية الأولى والأخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الأئمة

فى مسئلة الكيسانيات . وقوله (وبهذا القدر يعرف ماذكرنا من الوجوه فى كفاية المنتهى) قيل هى ستة أوجه فصلوها فى شروح الجامع الصغير : أحدهما أن يتصادقوا أنهم لايدرون أيهما ولد أولا وهو المذكور فى الكتاب أوّلا ؛ وجوابه على الوجه المذكور فيه أن يعتق نصف الأم والجارية ويستسعيان فى النصف والغلام رقيق لما ذكر فى الكتاب . والثانى أن تدعى الأم أن الغلام هو المولود أوّلا وينكر المولى ذلك والجارية صغيرة وهو المذكور فى الكتاب ثانيا ؛ وجوابه ووجهه ماذكره فى الكتاب . والثالث أن تدعى الأم أن الغلام أول والجارية كبيرة ولم تدع شيئا وهو المذكور فى الكتاب ثالثا ؛ وجوابه ووجهه ماذكره أيضا فيه . والرابع أن تدعى الجارية وهى كبيرة والأم ساكتة أن الغلام ولد أولا وهو المذكور فى الكتاب رابعا بجوابه ووجهه . والخامس أن يتصادقوا أن الجارية هى التى ولدت أولا والجواب أنه لايعتق واحد منهم لعدم شرط العتق . والسادس أن يتصادقوا أن الغلام ولد أولا ، والجواب أن الأم تعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبعا للأم ، والغلام عبدا لأنه قد انفصل عن الأم فى حال الرق لكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعا لها

الوجوه فى كفاية المنتهى. قال (وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبى حنيفة رحمه الله إلا أن يكون فى وصية) استحسانا ذكره فى كتاب العتاق (وإن شهد أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على أن يطلق إحداهن) وهذا بالإجماع (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الشهادة فى العتق مثل ذلك) وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لاتقبل من غير دعوى العبد عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما تقبل. والشهاة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة.

قول أبى عصمة وقال: هو الذى يوافق ما تقدم (قوله وإن شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبى حنيفة إلا أن تكون فى وصية استحسانا ذكره فى العتاق) أى عتاق الأصل بأن شهدا أنه أعتق أحد عبديه فى مرض موته أو شهدا بتدبيره أحدهما مطلقا فى صحته أو مرضه. لأن التدبير حيث وقع كان وصية. وعندهما تقبل ويؤمر بتنجيز عتق أحدهما وهو قول الشافعى ومالك وأحمد (قوله وأصل هذا) أى أصل هذا الخلاف (أن الشهادة على عتق العبد لاتقبل عند أبى حنيفة من غير دعوى العبد) مطلقا لا فى حرية الأصل ولا فى الحرية العارضة على ما هو الصحيح خلافا لما قاله رشيد الدين أن الدعوى عنده ليست شرطا فى حرية الأصل بل فى العارضة فقط (وعندهما تقبل) بلا دعوى (والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وإن أنكرت الأمة العتق لايلتفت إلى إنكارها وتعتق لأنها متهمة. وكذا على طلاق إحدى النساء مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وإن أنكرت. ويجبر على أن يوقع على إحداهن (قوله والمسئلة معروفة) وجه قولهم إن المشهود به وهو العتق حق الشرع إذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكاة. ويصح نذره به وحلفه به ولهذا لايحتاج إلى قبول. ولا يرتد إقرار السيد بحرية العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو أقر بالرق ثم ادعى حرية الأصل وأقام البينة تقبل. ولو كانت الدعوى شرطا لمنع لأن التناقض يبطل صحة الدعوى، وإنما لاتكفى شهادة الواحد لأنه وإن كان أمرا دينيا يتضمن إزالة ملك العبد وإبطال مالية ماله، فلهذا شرط فى الشهادة عليه اثنان. ولأبى حنيفة أن العتق إما زوال الملك المستلزم لثبوت القوة من مالكيته، أو هو نفسها. وكلا

فيه، ولعل المصنف لم يذكرهما فى الكتاب لظهورهما. قال (وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه) الشهادة على طلاق إحدى نسائه جائزة بالإجماع، ويجبر على البيان وعلى إعتاق أحد عبديه، كذلك عندهما وعند أبى حنيفة هى باطلة إلا أن تكون فى وصية استحسانا على ما ذكره (وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لاتقبل من غير دعوى عنده، وعندهما تقبل، والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وإنما اختلف الحكم على هذا الطريق بناء على أن العتق من حقوق العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما. وجه قولهما أنه لايحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد برده، ويجوز أن يحلف به ويصح إيجابه فى المجهول وكل ذلك دليل على أن العتق حق الشرع. ووجه قوله أن الإعتاق إثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية وكل ذلك حق العبد لامحالة، هذا هو المشهود به ولامعتبر بغيره لكونه من ثمراته، فما كان من حقوق العباد لاتقبل الشهادة فيه بدون الدعوى، وما كان من حقوق الشرع تقبل بدونها، وعتق الأمة من حقوقه

(قوله وجه قولهما أنه لايحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد برده) أقول: وكذا العفو عن القصاص وإبراء الكفيل لايرتد بالرد ولا يتوقف على القبول مع أنهما من حقوق العبد (قوله ولامعتبر بغيره لكونه من ثمراته) أقول: وكذا عتق الأمة وتحريم الفرج من الثمرات

. . . .

الأمرين حق العبد لأنه المنتفع به على الخصوص فى الحقيقة ثم بعد ذلك يثبت ماذكر من حقوقه تعالى ثمرات لهذا الثبوت فصح كونه حقه على الخصوص فى الحقيقة ، ولا يكون ثبوت اللازم إلا بعد الملزوم . وإذا كان المستلزم حقه لايثبت إلا بدعواه . ولايخفى أنه يرد على هذا عتق الأمة لأنه يقال حرمة فرجها التى هى حقه تعالى تثبت بعد ثبوت حقها من العتق فوجب أن يشترط دعواها . فإن قيل : الفرق أنها متهمة لرغبتها فى صحبة مولاها حتى نقول لوكان العبد أيضا متهما قبلت بلا دعواه ، وذلك بأن لزمه حد قذف أو قصاص فى طرف حتى لو أنكر العتق لايلتفت إلى إنكاره . قلنا : نفرض الكلام فيما إذا لم تنكر ولكنها ساكتة لعدم علمها بحريتها ، ثم قد يمنع تأثير كون الثابت بالعتق أولا ما هو حق العبد مستلزما لحق الله تعالى فى اشتراط الدعوى ، لأنه إذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت أولا أو ثانيا ؛ فإن حول التقرير هكذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه وتعالى ، أما حقه سبحانه فما ذكرتم ، وأما حق العبد فلأنه يصير به مالكا لأكساب نفسه فيتمكن من إقامة مصالحه وتثبت ولاياته من نفاذ قوله فى الشهادة وإنكاح بنته وحصول الميراث له إذا مات قريبه ، فهو بما فيه من حق العبد يحتاج إلى الدعوى وإن لم يحتج إلى دعوى بما فيه من حق الله تعالى ، على أن الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لايستلزم كونه حق الله سبحانه وتعالى خالصا ؛ ألا يرى أن العفو عن القصاص وإبراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولايتوقف على القبول ، وكذا التناقض فإن عدم منعه لخفاء رق الأصل وحريته كما فى دعوى النسب ولو لم يكن ذلك فلما أنه لما اجتمع فى العتق الحقان فلحق الله تعالى. قلنا لايمنع التناقض فى حرية الأصل ولا فى الحرية العارضة ، ولحق العبد شرطنا الدعوى والشاهدين أيضا . ورد عليه أيضا عتق الأمة فإن فيها الحقين فتجب الدعوى والشاهدان لحق العبد ، ولا يمنع التناقض لحق الله سبحانه ، وأيضا إذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج إلى الدعوى لايلزم ثبوتها لأنه بما فيه من حق الله يعارضه لأن الثابت معه عدم الاحتياج إلى الدعوى وإنهما يتعارضان ، لأنه إذا وقعت الشهادة بلا دعوى فى حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والآخر يقتضى أن لايثبت . والحق أن المنظور إليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاهما ، فترجح ماثبت شرعا لاحتياط فى أمره وتوكيده . وأمر الفروج محتاط فيه . فالاحتياط أن لايتوقف إثباته بعد الشهادة على شىء آخر . بخلاف مالم يثبت فيه مثله ، فلذا وقع الفرق عنده بين عتق الأمة والطلاق وبين عتق العبد . لأن حقه سبحانه الثابت وهو حرمة الاسترقاق المقتضى لنفى الدعوى ليس

بالاتفاق فلذلك تقبل بدونها وذلك لأن عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولاها ، وذلك حق من حقوق الشرع فكانت الشهادة فيه كالشهادة بهلال رمضان . فإن قيل : لوكان كذلك لاكتفى بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة فى الأمر الدينى ولما قبلت الشهادة على عتق أمة وهى أخت مولاها من الرضاعة إذا جحدته ، إذ ليس فيها تحريم الفرج لأن تحريمه ثابت بحكم الرضاع قبل شهادتهما بالإعتاق . أجيب عن الأول بأن خبر الواحد حجة فى الأمر الدينى إذا لم تقع الحاجة إلى إلزام المنكر . وههنا وقعت . وعن الثانى بأن فيه معنى الزنا لأن فعل المولى بها قبل العتق لايوجب الحد وبعده يوجبه لكون بضعها مملوكا للمولى وإن كان هو ممنوعا عن وطئها بالمحرمية ؛ ألا ترى أنه جاز له أن يزوجها وبدل بضعها يكون له ، وإذا كان كذلك كان فيه تحريم الفرج ، وإذا ثبت الأصل

وإذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم تتحقق فى مسئلة الكتاب لأن الدعوى من المجهول لاتتحقق فلا تقبل الشهادة . وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى . أما فى الطلاق فعدم الدعوى لايوجب خللا فى الشهادة لأنها ليست بشرط فيها . ولو شهدا أنه أعتق إحدى أمتيه لاتقبل عند أبى حنيفة رحمه الله وإن لم تكن الدعوى شرطا فيها لأنه إنما لاتشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق ، والعتق المبهم لايوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين .

من التأكيد بحيث يجب أن يثبت بلا دعوى ، وهما يقولان جميع حقوق الله تعالى يجب أن تثبت بلا دعوى لأنه تعالى هو الخصم فيها والعبد الشاهد نائبه فتضمن شهادته دعواه ، وأما حق العبد فإن افتقر ثبوته إلى الدعوى فقد انتصب النائب عن الله تعالى نائبا عنه ، وهذا القدر يحصل به المقصود ، فإن المثبت فى الحقيقة ليس إلا الشهادة وإنما يبقى فيه ما لو أنكر العبد العتق ولا تهمة ، وحينئذ يجب الترجيح ويترجح حقه سبحانه وتعالى . ولا يقال : المقرر ترجح حق العبد . لأنا نقول : ذلك عند التعارض بأن كان ثبوت أحدهما ينتفى معه الآخر وهنا يثبت حق العبد مع حق الله تعالى ، بل إذا أثبتنا حق الله تعالى كان إثباتا لحق العبد سابقا عليه وإنما فيه أنه يثبت على رغمه (قوله وإذا كان دعوى العبد شرطا عنده لاتتحقق فى مسئلة الكتاب) أى الجامع الصغير ، وهى ما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه لأنه عتق المجهول (والدعوى من المجهول لاتتحقق) وإنما تتحقق من المعين فتنتفى المطابقة بين الدعوى والبينة ، وعندهما ليس شرطا مطلقا فتقبل ويجبر على تعيين أحدهما (قوله ولو شهد أنه أعتق إحدى أمتيه الخ) جواب عما قد يقال إذا كانت الدعوى ليست بشرط عنده فى الشهادة على عتق الأمة فينبغى أن تقبل على عتق إحدى أمتيه ، والواقع أنها لاتقبل عنده . أجاب بأنه إنما لايشترط الدعوى فى الشهادة على عتق الأمة المعينة لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصا (فشابه الطلاق) وفيه لايشترط للشهادة به الدعوى لذلك فكذا هذا (والعتق المبهم لايوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه) فانتفى المسقط فيه فصار كالشهادة على عتق

تبين وجه الاختلاف على ماذكره بقوله (وإذا كان دعوى العبد شرطا عنده) إلى آخر المسئلة . وقوله (لأن الدعوى من المجهول لاتتحقق) قيل عليه إذا ادعيا ذلك وجب أن تقبل البينة لأن الدعوى حصلت من معين . وأجيب بأن صاحب الحق أحدهما لابعينه ، فدعواهما دعوى غير صاحب الحق ، وبأن الدعوى حينئذ لاتكون مطابقة للشهادة لأن الشهادة على أحد العبدين لابعينه لا على العبدين . قوله (ولو شهد أنه أعتق إحدى أمتيه) كصورة نقض على قول أبى حنيفة لأن الدعوى ليست بشرط فى حق الأمة ولم تسمع البينة ههنا . ووجه دفعه ما ذكره بقوله (لأنه إنما لاتشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق ، والعتق المبهم لايوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه) يعنى قوله له أن الملك قائم فى الموطوءة إلى قوله ولهذا حل وطؤهما ، ومعنى قوله أنه يتضمن تحريم الفرج أن العتق إذا حصل استلزم أن يكون الوطء بعده زنا . واعترض بأن عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه ، وذلك أيضا حق الله فوجب أن تستغنى الشهادة فيه عن الدعوى . والجواب أن لازم عتقها من أعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلا عن أن تكون من الكبائر فالتسوية بينهما خطأ .

(قوله لأن الشهادة على أحد العبدين لاعلى العبدين) أقول : يمكن أن تكون الدعوى أيضا كذلك (قوله والجواب أن لازم عتقها الخ) أقول : فيه أن الكبيرة هو الزنا ، وليس ذلك لازم العتق فى عبارته تسامح .

وهذا كله إذا شهدا فى صحته على أنه أعتق أحد عبديه ،أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه فى مرض موته أو شهدا على تدبيره فى صحته أو فى مرضه وأداء الشهادة فى مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحسانا لأن التدبير حيثما وقع وقع وصية ، وكذا العتق فى مرض الموت وصية ، والخصم فى الوصية إنما هو الموصى وهو معلوم . وعنه خلف وهو الوصى أو الوارث ، ولأن العتق فى مرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا .

أحد العبدين . فإن قيل : لو كانت علة سقوط الدعوى فى عتق الأمة تحريم فرجها على المعتق لشرطت فى عتق الأمة المجوسية والتى هى أخته من الرضاع وفى الشهادة على الطلاق الرجعى ، لأن الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها لحرمته فى الأولين قبل الشهادة وحلها فى الرجعى بعدها . فالجواب أنه يثبت بالشهادة بعتقها نوع آخر من التحريم ، فإن وطء الأخت من الرضاع المملوكة ليس بزنا حتى لايلزمه الحد بوطئها قبل عتقها وبعده يلزمه ، والطلاق الرجعى ينعقد به سبب حرمة فرجها فأثبتت تحريما مؤجلا بانقضاء العدة ، وأما الأمة المجوسية فينبغى أن تشترط الدعوى عنده ، وما قيل إن وطأها مملوك له وإنما منع منه خبثها كالحائض فبالشهادة يمتنع ذلك الوطء فيه ما فيه (قوله وهذا كله إذا شهدا بعتق أحد العبدين فى صحته ، أما إذا شهد أنه أعتق أحد عبديه فى مرض موته أو شهدا على تدبيره فى صحته أو فى مرضه) لتكون شهادتهما بعتق هو وصية وهو المستثنى فى أول المسئلة ، وقدمنا

وقوله (أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه فى مرض موته) بيان قوله إلا أن تكون فى وصية استحسانا . وقوله (لأن التدبير حيثما وقع وقع وصية) يعنى سواء وقع فى حال الصحة أو فى حال المرض . وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف : أحدهما أن التدبير مطلقا والعتق فى المرض وصية (والخصم فى الوصية إنما هو الموصى) لأن تنفيذ الوصايا حق الميت فكان الميت مدعيا تقديرا (وعنه خلف وهو الوصى أو الوارث) فتقبل الشهادة والثانى أن العتق يشيع بالموت فيهما لأنه أوجب العتق فى أحدهما فى حال عجزه عن البيان فكان إيجابا لهما ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما (فصار كل واحد منهما خصما متعينا) ولم يذكر وجه القياس ، وهو أن المقضى له مجهول والدعوى من المجهول لاتتحقق لظهوره مما تقدم

(قال المصنف : وأداء الشهادة فى مرض موته أو بعد الوفاة تقبل الخ) أقول : قال ابن الهمام : والمريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات ، وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة إلى أن يموت فيقضى بها ولا يحتاج إلى إعادتها أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعى اهـ . وإنما قيد بما قيد به ليتعين المدعى فى حياته فافهم (قال المصنف : لأن التدبير حيثما وقع وقع وصية) أقول : قال صدر الشريعة : الدليل الأول مشكل لأن المتنازع فيه ماإذا أنكر المولى تدبير أحد عبديه ، أو الوارث ينكر ذلك بعد موت المورث والعبدان يريدان إثباته فكيف يقال إن المدعى هو المولى أو نائبه . والدليل الثانى يوجب أن الشهادة بعتق أحد عبديه بغير وصية إن أقيمت بعد الموت تقبل لشيوع العتق بالموت اهـ . ويمكن أن يجاب عنه بأن المولى وإن كان منكرا صورة إلا أنه نزل مدعيا معنى لأن نفع العتق يعود إليه وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصى أو الوارث فنزل الوارث أو الوصى مدعيا العتق خلفا عن الميت فتقبل الشهادة ، وبأن فى هذه المسألة روايتين نظرا إلى جهتين جهة الشيوع وجهة أنه ليس بوصية فباعتبار أنه ليس بوصية لاتقبل الشهادة وباعتبار الشيوع تقبل لشيوع العتق فيهما ، فكان كل منهما خصما متعينا فكانت دعواهما صحيحة وهى تقتضى قبول الشهادة ، هذا مالاح لى فى ذلك المقام . وقال ابن الهمام : ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولاتقام البينة إلا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصى أو وارثه : يعنى الوصى إن كان الورثة منكرين ، أو الورثة إن كان الوصى منكرا ، فقيل فيشكل مالو كان كل من الوارث والوصى منكرا ، إذ لاتبطل البينة لأنها شهادة بوصية وليس واحد منهما خلفا ولا مخلص إلا باعتبار جعل الميت مدعيا تقديرا اهـ .

ولو شهدا بعد موته أنه قال فى صحته أحدكما حرّ فقد قيل لاتقبل لأنه ليس بوصية . وقيل تقبل للشيوع هو الصحيح والله أعلم .

أن التدبير حيثما وقع يكون وصية معتبرا من الثلث ولو فى حال الصحة ، وسواء كانت شهادتهما بهذه الوصية فى مرض موته أو بعد وفاته تقبل استحسانا لأن عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصوّر الدعوى ، وإذا كان وصية فالخصم فيها هو الموصى لأن تنفيذ الوصية من حقوق الموصى فهو الخصم المدعى فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصى أو الوارث ، بخلاف حالة الحياة فإن الخصم فى إثبات العتق ليس هو السيد لإنكاره بل هو العبد وهو مجهول . ووجه آخر للاستحسان وهو أن الخصم بعد الموت فى العتق لو لم يكن الموصى كان كلا من العبدين وهما معينان ، وفى حالة الحياة لاتصح خصومتهما لأنه لم يعتق منهما شىء والمعتق المبهم ، بخلاف ما إذا مات المولى قبل البيان فإن العتق حينئذ يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ماعرف فيمن أعتق أحد عبديه ومات قبل البيان فيكون كل منهماخصما معلوما . ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة إلا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصى أو وارثه : يعنى الوصى إن كان الورثة منكرين أوالورثة إن كان الوصى منكرا فقيل فيشكل مالو كان كل من الوصى والوارث منكرا إذ لاتبطل البينة لأنها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفا ولا مخلص إلا باعتبار جعل الميت مدعيا تقديرا ، وأيضا قوله وأديا الشهادة فى مرض موته الخ يفيد أنها تقبل فى حياته وأنت علمت أن قبولها بعد موته باعتبارها وصية لاعتباره مدعيا وعدم قبولها قبل موته لأن المدعى العبدان وهما غير من أثبت فيه العتق أعنى المبهم . والحاصل أن إنزاله مدعيا لايكون إلا بعد موته ، وأما قبل موته فهو منكر ، ولهذا احتيج إلى الشهادة ، وردّت لعدم المدعى ولا مخلص إلا بتقييده بما إذا كان المريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات ، وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة إلى أن يموت فيقضى بها ولا يحتاج إلى إعادتها ، أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعى (قوله ولو شهدا بعد موته أنه قال فى صحته أحدكما حرّ) لارواية فيه عن أبى حنيفة . واختلف المشايخ فى تفريعها على قوله (فقيل لاتقبل لأنه ليس بوصية) لإسنادهما العتق المنجز إلى حالة الصحة ، فلم يكن الميت مدعيا تقديرا (وقيل تقبل) لأن العتق شاع بعد الموت فيصح دعواهما كما ذكرنا ، وصحح فخر الإسلام فى شرح الجامع الصغير قبولها قال : لجواز أن يكون الحكم معلولا بعلتين فيتعدى بإحداهما ، وتبعه صاحب الكافى وقال هو الأصح . ولقائل أن يقول : شيوع العتق الذى هو مبنى صحة كون العبدين مدعيين يتوقف على ثبوت قوله أحدكما حرّ ولا مثبت له إلا الشهادة وصحتها متوقفة على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفا على ثبوت الشهادة ، فلو أثبتت الشهادة بصحة خصومتهما وهى متوقفة على ثبوت العتق فيهما شائعا لزم الدور ، وإذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله لزم ترجيح القول بعدم قبولها وعلى هذا يبطل الوجه الثانى من وجهى الاستحسان فى المسئلة التى قبل هذه .

(ولو شهدا بعد موته أنه قال فى صحته أحدكما حرّ) قال الإمام فخر الإسلام : لانص فيه ، واختلف فيه مشايخنا فقال بعضهم (لاتقبل لأنه ليس بوصية) حتى يكون الخصم هو الموصى وهو معلوم ، وقال بعضهم : تقبل لشيوع العتق فيهما ، فكان كل واحد منهما خصما متعينا فكانت دعواهما صحيحة وهو يقتضى قبول الشهادة ، والله أعلم .

. . . .

[فروع] شهدا أنه حرّر أمة بعينها وسماها فنسيا اسمها لاتقبل لأنهما لم يشهدا بما تحملاه وهو عتق معلومة بل مجهولة ، وكذا الشهادة على طلاق إحدى زوجتيه وسماها فنسياها . وعند زفر تقبل ويجبر على البيان ويجب أن يكون قولهما كقول زفر فى هذه لأنها كشهادتهما على عتق إحدى أمتيه وطلاق إحدى زوجتيه ، ولو شهد أنه أعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما وله عبد واحد اسمه سالم عتق لأنه كان معينا لما أوجبه ، وكون الشهود لايعرفون عين المسمى لايمنع قبول شهادتهم ، كما أن القاضى يقضى بالعتق بهذه الشهادة وهو لايعرف العبد ، بخلاف ما لو شهدوا ببيعه ، ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد منهما فى قول أبى حنيفة لأنه لابد من الدعوى لقبول هده الشهادة عنده ، ولا تتحقق هنا من المشهود له لأنه غير معين منهما فصارت كمسئلة الكتاب الخلافية .

[وهذا فصل فى الشهادة على العتق] إذا ادعى العبد العتق وأقام شاهدا لايحال بينه وبين المولى ، وفى الأمة إذا قالت شاهدى الآخر حاضر يحال . ولو أقام العبد شاهدين إن كان المولى مخوفا على العبد حيل بينهما حتى ينظر فى أمر الشهود لأن الحجة تمت ظاهرا حتى لو قضى بشهادتهما نفذ فثبتت به الحيلولة احتياطا بخلاف ما إذا أقام شاهدا واحدا شهدا بعتق عبده واختلفا فى الوقت أو المكان أو اللفظ أو اللغة أو شهد أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه أقرّ أنه أعتقه فالشهادة جائزة لأن العتق قول يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف المشهود باختلاف الشهادة فيما ذكرنا ، بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه وهبه نفسه لاختلاف المشهود به وضعا لأن الهبة تمليك والإعتاق إحداث القوّة أو إزالة الملك . كذا فى المبسوط ، فيحمل ماذكر قبله من أن اختلافهما فى اللفظ لايمنع على ما إذا كان مؤدى اللفظين واحدا وضعا . ولا يخفى أن التعليل الذى علل به لقبولها عند الاختلاف لفظا من أن العتق لفظ يعاد ويكرّر يقتضى أنهما إذا اختلفا فى أنه أعتقه أو وهبه لنفسه أنه يقبل ، ولو اختلفا فى الشرط الذى علق به العتق فأحدهما جعله كلام زيد والآخر الدخول مثلا لم يجز ، إذ لايتمكن القاضى من القضاء بواحد من الشرطين ، ولو اتفقا على أنه الدخول مثلا وقال المولى بل كلام فلان فأيهما فعل فهو حرّ لثبوت الدخول شرطا بالشهادة والكلام بقول المولى . ولو شهد أحدهما أنه أعتقه بجعل والآخر بغير جعل لم تجز لأن العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل فى الأحكام ، وكذا لو اختلفا فى مقدار الجعل والمولى ينكر الجعل سواء ادعى العبد أقل المالين أو أكثرهما . ولو كان المولى يدعى أقل المالين والعبد ينكر عتق لإقرار المولى بحريته ولا شىء عليه لإكذابه أحد شاهديه وهو الذى يشهد له بالأكثر ، وإن ادعى العتق بألف درهم وخمسمائة وأحدهما يشهد بألف والآخر بألف وخمسمائة قضى عليه بألف لأن الشهادة لاتقوم هنا على العتق لأن العبد عتق بإقرار المولى وإنما تقوم على المال . ومن ادعى ألفا وخمسمائة وشهد له شاهد بألف والآخر بألف وخمسمائة يقضى بألف لاتفاقهما على الألف لفظا ومعنى ، بخلاف الألف والألفين كما سيأتى فى الشهادات إن شاء الله تعالى . ولو شهد أنه أعتقه إن كلم زيدا والآخر إن دخل بأيهما فعل عتق لثبوت كل من التعليقين بحجة تامة ، ولو تعارضت بينتا العبد والمولى فى مقدار ما أعتقه رجحت بينة المولى لإثباتها الزيادة ، بخلاف ما لو أقام العبد البينة على أنه قال إن أديت إلىّ ألفا فأنت حرّ وأنه

(باب الحلف بالعتق)

أدّاها وأقام المولى أنه إنما قال إذا أدّيت إلىّ ألفين الخ فالعبد حرّ لا شيء عليه لأنه أثبت ببينته تنجز الحرية فيه . ولو أقام العبد بينة أنه باعه نفسه بألف وأقام المولى أنه باعه نفسه بألفين كانت البينة بينة المولى لأن العتق تنجز بالقبول فكان إثبات الزيادة فى بينة المولى . قال فى الأصل : ولو باعه نفسه بألف فأدّاها من مال المولى كان حرا وللمولى أن يرجع عليه بمثلها . قال فى المبسوط : العتق هنا حصل بالقبول لا بأداء المال ، وإنما يتحقق هذا الفصل فيما إذا علقه بالأداء لأن نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وإن كان المؤدى مسروقا أو مغصوبا من المولى ثم ردّ هذا المال على المولى وإن كان مستحقا عليه فيقع عن الوجه المستحق فى الحكم ويكون له أن يرجع عليه بمثله . وإذا رجع شهود العتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لأنهما لا يصدقان فى إبطال الحكم ولا فى إبطال حق العبد ، ولكنهما يضمنان قيمة ما أتلفا من ماليته على المولى إذ قد اعترفا بالرجوع أنهما أتلفا ماليته على المولى بغير حق . ولو ضمنا ثم قامت بينة غيرهم بأن المولى كان أعتقه إن شهدوا أنه أعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لأنهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضاء القاضى والمعتق لا يعتق . وإن شهدوا أنه أعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما ضمنوا عند أبى حنيفة ، وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يرجعون على المولى بما ضمنوا ، وهذا بناء على ما بينا أن عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوى فثبتت بشهادة الفريق الثانى حرية العبد من
ويتبين به أن الفريق الأول لم يتلفوا على المولى شيئا بشهادتهم ،
ـرى ولا مدع لما شهد به الفريق الثانى ، فإن العبد حكم بحريته فلا

(باب الحلف بالعتق)

ـر مصدر حلف سماعى ، وله مصدر آخر : أعنى حلفا بالإسكان ، يقال حلف حلفا وحلفا ،
ـ الهاء للمرة كقول الفرزدق :

على حلفة لا أشتم الدهر مسلما ولا خارج من فىّ زور كلام

وقال امرؤ القيس :

حلفت لها بالله حلفة فاجـر لناموا فما إن من حديث ولا صال

والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط ، ولما كان المعلق قاصرا فى السببية عن المنجز قدمه عليه . ولما جرى المصنف على أن يولى التصرف الذى يصح تعليقه الحلف به كما فعل فى الطلاق ولا يضم الكل إلى كتاب الأيمان ليكون أضبط لأحكام التصرف الواحد حيث يجتمع فى بابه ولا تتفرق أحكامه فى الأبواب أولى العتق الحلف به .

(باب الحلف بالعتق)

(باب الحلف بالعتق)

(ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ فهو حرّ وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق) لأن قوله يومئذ تقديره يوم إذ دخلت ، إلا أنه أسقط الفعل وعوّضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان فى ملكه يوم حلف عبد فبقى على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا . قال (ولو لم يكن قال فى يمينه يومئذ لم يعتق)

واعلم أن بعض من لايجيز تعليق الطلاق بالملك قبل الملك أجازه فى العتق . روى ذلك عن أحمد للفرق بأن الشارع متشوف إلى العتق دون الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما (قوله ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ فهو حرّ ولم يكن له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق) أى ذلك المملوك الذى اشتراه ، ولما كان عتق غير المملوك لايكون بكلام قبل الملك إلا أن يكون إضافة إلى الملك قرره ليرده إليه بقوله لأن التنوين فى يومئذ عوض عن الجملة المضاف إليها لفظ إذ تقديره إذ دخلت ولفظ يوم ظرف لمملوك فكان التقدير كل من لايكون فى ملكى يوم الدخول حرّ وهذا فى الحقيقة إضافة عتق المملوك يوم الدخول إلى يوم الدخول ، والمملوك لايكون إلا بملك فصار كأنه قال إن ملكت مملوكا وقت الدخول فهو حر ، وهو يصدق بملك قبل الدخول يقارن بقاؤه الدخول فكان إضافة العتق إلى الملك الموجود عند الدخول معنى ، بخلاف قوله لعبد غيره إن دخلت فأنت حرّ فاشتراه فدخل لايعتق لأنه لم يضف العتق إلى ملكه لا صريحا ولا معنى ، وعدول المصنف إلى لفظ وقت عن لفظ يوم فى قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول يفيد أن لفظ يوم مراده به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق ما فى ملكه لأنه أضيف إلى فعل لايمتد وهو الدخول وإن كان فى اللفظ إنما أضيف إلى لفظ إذ المضافة للدخول لكن معنى إذ غير ملاحظ وإلا كان المراد يوم وقت الدخول ، وهو وإن كان يمكن على معنى يوم الوقت الذى فيه الدخول تقييدا لليوم به ، لكن إذا أريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت وقت الدخول ، ونحن نعلم مثله كثيرا فى الاستعمال الفصيح كنحو ـ ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله ـ ولا يلاحظ فيه شىء من ذلك فإنه لا يلاحظ فى هذه الآية وقت وقت يغلبون يفرح المؤمنون ، ولايوم وقت يغلبون يفرحون ، وله نظائر كثيرة فى كتاب الله وغيره فعرف أن لفظ إذ لم يذكر إلا تكثيرا للعوض عن الجملة المحذوفة أو عمادا له : أعنى التنوين لكونه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ولم يلاحظ معناها ، ومثله كثير فى أقوال أهل العربية فى بعض الألفاظ لاتخفى على من نظر فيها ، وكذا لو كان فى ملكه عبد حين حلف فبقى فى ملكه حتى دخل عتق لما قلنا وفى بعض النسخ لما بينا : أى من أن المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم (قوله ولو لم يكن قال فى يمينه يومئذ) بل قال إذا دخلت

الحلف بالعتق هو أن يجعل العتق جزء الشرط ولما كان المعلق قاصرا فى السببية أخر التعليق عن التنجيز قوله (ومن قال إذا دخلت الدار) ظاهر . واعترض عليه بأنه يجب أن لايعتق عليه مايشتريه بعد اليمين وإن قال يومئذ لأنه ما أضاف العتق إلى الملك ولا إلى سببه فكان كما لو قال لعبد الغير إن دخلت الدار فأنت حر فاشتراه ثم دخل الدار فإنه لايعتق لذلك . أجيب بأنه وجدت الإضافة إلى الملك دلالة لأن قوله كل مملوك لى يومئذ معناه إن ملكت مملوكا وقت دخولى الدار فهو حرّ ، بخلاف تلك المسئلة لأنه لم توجد الإضافة فيها لا صريحا ولا دلالة. وقوله (لما قلنا) يريد به قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول .

(قوله واعترض عليه بأنه يجب أن لايعتق الخ) أقول : الاعتراض والجواب لتاج الشريعة .

لأن قوله كل مملوك لى للحال والجزاء حرية المملوك فى الحال ، إلا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر إلى وجود فيعتق إذا بقى على ملكه إلى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين (ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر ّ وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق) وهذا إذا ولدت لستة أشهر فصاعدا ظاهر ، لأن اللفظ للحال ، وفى قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود أقل مدة الحمل بعده . وكذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر لأن اللفظ يتناول المملوك المطلق ، والجنين مملوك تبعا للأم لامقصودا ، ولأنه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء ولهذا لايملك بيعه منفردا .

فكل مملوك لى حر ّ لايعتق ما اشتراه بعد التكلم ، بل الذى كان فى ملكه وقت التكلم . ووجهه المصنف بقوله لأن قوله كل مملوك لى يختص بالحال والجزاء حرية المملوك فى الحال يتعلق فى الحال بملوك : أى المملوك فى الحال حريته هى الجزاء ، فلما دخل الشرط عليه تأخرت إلى وجود الشرط فيعتق عند الشرط من كان مملوكا عند التكلم. ووجه كون كل مملوك لى حالا أن المختار فى الوصف من اسم الفاعل والمفعول أن معناه قائم حال التكلم بمن نسب إليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه ، واللام للاختصاص : أى الاختصاص من جرت معنى متعلقها إليه : به : أى بمعنى المتعلق وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص ياء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال وهى أثر ملكه فلزم قيام ملكه فى الحال ضرورة اتصافه بأثرها فى الحال وإلا ثبت الأثر بلا مؤثر . هذا ويعتق بقول القائل كل مملوك لى حر ّ العبيد ولو مرهونين أو ماذونين أو مؤجرين والإماء ولو كن حوامل أو أمهات أولاد والمدبرون وأولادهم ، ولا يدخل المكاتب خلافا لزفر لأنه مملوك من وجه إذ هو حر ّ يدا ، ولو نوى الذكور فقط لم يصدق فى القضاء لأنه خلاف الظاهر فى عرف الاستعمال ، ويصدق ديانة مع أن طائفة من الأصوليين على أن جمع الذكور يعم النساء حقيقة وضعا ولا يدخل المملوك المشترك ، لا الجنين إلا أن يعنيهم ولا عبيد عبد التاجر ، وهو قول أبى يوسف إلا أن ينويهم ، وسواء كان على العبد التاجر دين أو لا ، وفى قول محمد يعتقون نواهم أولا عليه دين أولا . وعلى قول أبى حنيفة إن لم يكن عليه دين عتقوا إذا نواهم وإلا فلا ، وإن كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم . ولو قال عنيت مايستقبل عتق ما كان فى ملكه وما سيملكه إذا ملكه لأنه قصد تغيير مايدل عليه ظاهر لفظه فلم تعتبر نيته فى إبطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لإثبات العتق فيما يستقبل ، ولا يخفى أن التعليل يرشد إلى أن عتق ما هو فى ملكه مع هذه النية إنما هو فى القضاء . وفى الذخيرة : قال مماليكى كلهم أحرار ونوى الرجال دون النساء لم يذكره ، وقالوا لا يصدق ديانة ، بخلاف قوله كل مملوك لى ونوى التخصيص يصدّق ديانة انتهى . فإن قلت : ما الفرق وفى الوجهين تخصيص العام ؟ فالجواب أن كلهم تأكيد للعام قبله وهو مماليكى لأنه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز ، بخلاف كل مملوك لى فإن الثابت به أصل العموم فقط فقبل التخصيص (قوله ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر ّ وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق) سواء ولدته لستة أشهر من وقت القول أو أقل ، أما إذا ولدته لستة أشهر

وقوله (لأن قوله كل مملوك لى للحال) قيل لأن اللام للاختصاص ، والاختصاص إنما يكون بمملوك له فى الحال إذ لو لم يكن الملك له فى الحال كان هو وغيره سواء . وقوله (ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر) ظاهر ، ومعناه

(قوله كل مملوك لى يومئذ ، إلى قوله فهو حر) أقول : قالوا المبتدأ إذا تضمن معنى الشرط يدخل فى خبره الفاء نحو كل رجل يأتينى فله درهم فههنا كذلك فتأمل (قوله قيل لأن اللام للاختصاص) أقول : صاحب القيل تاج الشريعة ، وفى كلامه تأمل .

قال العبد الضعيف : وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لى تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها (وإن قال كل مملوك أملكه حر بعد غد ، أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى في ملكه يوم حلف) لأن قوله أملكه للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال ، وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين أو سوف فيكون مطلقه للحال، فكان الجزاء حرية المملوك فى الحال مضافا إلى ما بعد الغد فلا يتناول مايشترى به بعد الآن

فلأن اللفظ : أى لفظ كل مملوك لى للحال على مابينا من وجهه ، وفى قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجود تمام مدة الحمل بعده ، فجاز أن لايكون قائما عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال ، ولم يقل لايعتق بالشك لأنه لا شك لأن الظاهر أن مدة الحمل لا تكون إلا أكثر من ستة أشهر ، وأما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر فلأن التيقن لوجوده حال التكلم وإن كان قائما ، لكن لفظ المملوك المطلق إنما ينصرف إلى المملوك بالأصالة والاستقلال ، والحمل مملوك تبعا لأمه كعضو من أعضائها حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى بغذائها كما يتغذى العضو به ، ولهذا لايملك بيعه منفردا بل تبعا للحامل . والدليل على أنه لم يعتبر فى الشرع نفسا مملوكة أنه لايجزئ عن الكفارة ولا تجب صدقة فطره . قال المصنف رحمه الله : وفائدة التقييد بالذكورة أنه لو قال كل مملوك ولم يقل ذكر تدخل الأنثى فتدخل الحامل فيعتق حملها تبعا ، وهذا بناء على أن لفظة مملوك إما لذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وإن كان التأنيث جزء المفهوم مملوكة فيكون مملوك أعم من مملوكة فالثابت فيه عدم الدلالة على التأنيث لا الدلالة على عدم التأنيث وإما أن الاستعمال استمر فيه على الأعمية فوجب اعتباره كذلك (قوله وإن قال كل مملوك أملكه حر بعد غد) يعنى أن بعد غد ظرف لحرّ لا لأملكه (أو قال كل مملوك لى فهو حرّ بعد غد وله مملوك واحد) فى الصورتين (فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى كان فى ملكه يوم حلف) دون المشترى ولفظ بعدُ غد بالرفع لأنه فاعل لجاء لا ظرف . ووجهه أن كل مملوك تقدم أنه للحال ،

أن المملوك مطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل والجنين ليس بكامل على ماذكر فى الكتاب . وقوله (وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لى تدخل الحامل)فيدخل الحمل تبعا بناء على أن هذا القول يتناول الذكور والإناث حتى المدبرين وأمهات الأولاد . حتى لو قال نويت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء (وإن قال كل مملوك لى أملكه حرّ بعد غد أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكا آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى فى ملكه يوم حلف) لا الذى اشتراه بعده . وقوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله أملكه فإنّ أملكه للحال ، وقوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لأنه المقصود ، وقوله لأن قوله أملكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبران ويجوز النصب على التميز قال صاحب النهاية وهذا التقرير يخالف رواية النحو وهى أنه مشترك بين الحال والمستقبل ، وظاهر تقرير المصنف يدل على ماذكره صاحب النهاية . وقال بعض الشارحين لانسلم المخالفة لأن كونه للحال حقيقة لايدل على أن كونه للاستقبال ليس بحقيقة لأن المشترك فى كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البدل ويرجح أحدهما بالدليل إذا وجد وقد وجد هنا دليل على رادة الحال لأن الحال موجود فلايعارضه المستقبل المعلوم . وأقول : قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينة يأبى قول هذا الشارح لأن

(قوله وقال بعض الشارحين) أقول : أراد الإتقانى .

(ولو قال كل مملوك أملكه ، أو قال كل مملوك لى حرّ بعد موتى وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذى كان عند وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر ، وإن مات عتقا من الثلث) وقال أبو يوسف رحمه الله فى النوادر : يعتق ما كان فى ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه ، وعلى هذا إذا قال كل مملوك لى إذا متّ فهو حرّ . له أن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر .

وكذا لفظ أملك للحال حقيقة ، يقال أنا أملك كذا فيتبادر منه الحال ، والتبادر دليل الحقيقة ولذا استعمل فيه من غير قرينة ، وفى الاستقبال بقرينة السين وسوف وغيرهما كإسناده إلى متوقع واقتضائه طلبا على ماعرف فى النحو ، وهذا أحد المذاهب لأهل العربية . وقيل بقلبه وعليه مشى فى المحيط حيث قال أملك وإن كان حقيقة فى الاستقبال إلا أنه صار للحال شرعا كما فى الشهادة . وعرفا يقال أملك كذا درهما فكان كالحقيقة فى الحال . والمذهب الثالث أنه مشترك للحال والاستقبال ، وهو الذى أورده بعض الشارحين على كلام المصنف ظنا أن مذهب النحاة ليس إلا أنه مشترك وهو ظاهر مذهب سيبويه . وأعجب منه جواب من رام دفعه عن المصنف بأن قول المصنف أنه للحال لايدل على أنه للاستقبال ليس حقيقة لأن المشترك حقيقة فى المعنيين اه . فترك النظر إلى قول المصنف ، ولذا يستعمل له بغير قرينة وفى الاستقبال بقرينة ، وهذا صريح فى أنه فى الاستقبال مجاز لأنه هو المشروط بالقرينة بل الجواب ماذكرنا أن الاشتراك ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب ثلاثة ، وما اختاره المصنف رحمه الله مذهب المحققين منهم كأبى علىّ الفارسى وغيره ، واستدل عليه بما ذكره المصنف من أنه لايراد الاستقبال إلا بقرينة كما ذكرنا بخلاف الحال ، وأما اختيار عكسه كما فى المحيط فورد عليه أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عند أبى حنيفة فكان ينبغى أن يكون الجواب عنده على الخلاف المذكور ، وأما تفريعه على الاشتراك فغاية ما وجه به أن تعين الحال بغلبة الاستعمال عند عدم القرينة : أى المعينة لأحد المفهومين الحقيقيين ، بخلاف نحو أسافر وأتزوّج فإنه محفوف بقرينة الاستقبال وهى المشاهدة ، وإذا ثبت أنه يراد به الحال على اختلاف التخريج كان الجزاء حرية عبد مملوك فى الحال مضافا إلى ما بعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال (قوله ولو قال كل مملوك أملكه أو كل مملوك لى حر بعد موتى وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذى كان عنده مدبر) مطلق لايصح بيعه بعد هذا القول ، والذى اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه ، ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعا من الثلث إن خرجا منه عتق جميع كل منهما ، وإن ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه ، وهذا ظاهر المذهب عن الكل . وعن أبى يوسف فى النوادر أنه لايعتق ما استفاد بعد يمينه ، وإنما يعتق

المشترك لايستعمل فى أحد المعنيين بعينه إلا بقرينة وليس النحويون مجمعين على ان المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب إلى أنه حقيقة فى الاستقبال مجاز فى الحال ومنهم من ذهب إلى عكس ذلك ولعله مختار المصنف لتبادر الفهم إليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك فى الحال مضافا إلى مابعد الغد فلا يتناول مايشتريه بعد اليمين (ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد موتى وله مملوك فاشترى آخر فالذى كان عنده مدبر) مطلق (والآخر ليس بمدبر) مطلق بل هو مدبر مقيد جاز له أن يبيعه (وإن مات عتقا من الثلث) مشتركين فيه (وقال أبو يوسف فى النوادر : يعتق ما كان فى ملكه يوم حلف) بطريق التدبير (ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه) لأن اللفظ حقيقة للحال على مابينا وهو مراد فلا يجوز أن يكون غيره مرادا على أصلنا

ولهما أن هذا إيجاب عتق وإيصاء حتى اعتبر من الثلث وفى الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة؛ألا ترى أنه يدخل فى الوصية بالمال مايستفيده بعد الوصية وفى الوصية لأولاد فلان من يولد له بعدها .

ما كان فى ملكه يوم حلف ، وكذا إذا قال كل مملوك لى إذا متّ فهو حرّ ، وهذا لأن اللفظ حقيقة للحال على مابيناه من أن المضارع للحال ، وكذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه ، ولهذا صار به الكائن فى ملكه حال التكلم مدبرا فى الحال دون الآخر ، وبهذا الوجه طعن عيسى بن أبان فى جواب المسئلة ، فأوجب المراوى عن أبى يوسف. وأيضا لو لم يرد به الحال فقط ، فإما أن يراد كل منه ومن المملوك فى المستقبل فيلزم إما تعميم المشترك أو استعماله فى حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما ذاك فى الحال والمستحدث عند ملكه لأنه حينئذ فى المعنى كل مملوك لى أو سأملكه مدبر ، وكذا إذا أريد باللفظ المجتمع فى الملك عند الموت وهو عموم المجاز كما ذهب إليه محمد رحمه الله فيمن قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له عتق ما اجتمع فى ملكه غدا ممن كان مملوكا له حال التكلم أو ملكه إلى غد ، خلافا لأبى يوسف فإن على قوله لايتناول إلا المملوك فى الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبيرا مطلقا على قول محمد ، كما لو قال كل من كان فى ملكى عند الموت مدبر وهومنتف ، أو يراد المستقبل فقط كما لو قال كل مملوك أملكه إلى سنة أوشهر أو إلى أن أموت أو أبدا لزم أن لايعتق ماكان فى ملكه ولا يصير مدبرا وهو منتف فبطلت الأقسام فتعين الأول وهوأن يعتق الكائن فى ملكه وقت التكلم فقط ولازمه ماذكرنا . وعرف من هذا أن صورة التراكيب ثلاثة أقسام : مايتناول الحال فقط اتفاقا وهو كل مملوك أملكه أوكل مملوك لى حر ولا نية له فهو على ماكان فى ملكه يوم قاله ولا يعتق مايستقبل ملكه ، وما يتناول المستقبل لاغير اتفاقا وهو كل مملوك أملكه إلى سنة ونحوه ، وما فيه خلافهما وهو نحو كل مملوك أملكه غدا ، فى قول محمد رحمه الله يعتق فى الغد من كان فى ملكه ، والمستحدث خلافا لأبى يوسف وقول محمد أقيس بمسئلته يومئذ بقليل تأمل (قوله ولهما أن هذا) أى مجموع التركيب لا لفظ أملكه فقط كما فى بعض الشروح (إيجاب عتق وإيصاء) لأن حاصل التدبير إيجاب للعتق مضافا إلى مابعد الموت ، وهذا هو الإيصاء به فوجب أن يعمل بمقتضى كل من الإيجاب والإيصاء اللذين هما معنى التدبير ، ومقتضى إيجاب عتق مايملكه وقوعه فى الحاصل فى الملك حال التكلم ثم هو مضاف إلى الموت فكان تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه ، ومقتضى الوصية بما يملكه دخول ما فى الحالة الراهنة : أى

(ولهما أن هذا إيجاب عتق وإيصاء) أما إنه إيجاب عتق فبقوله كل مملوك أملكه أولى فهو حر ، وأما إنه إيصاء فبقوله بعد موتى ، ولهذا اعتبر من الثلث ، وإذا كان كذلك (فى الوصايا تعتبر الحاله المنتظرة أى المتربصة) والحالة الراهنة أى الحاضرة ؛ سميت بالراهنة لأن الرهن هو الحبس والمرتهن محبوس فيها لا فيما قبلها ولا فيما بعدها ، كذا فى الشروح ؛ ألا ترى أنه يدخل فى الوصية بالمال مايستفيده بعد الوصية وفى الوصية لأولاد فلان يدخل فيها الموجود عندها ، ومن يولد بعدها إذا عاش إلى وقت موت الموصى . والإيجاب إنما يصح مضافا إلى الملك أو إلى سببه ، فهذا الكلام من حيث أنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة ليصير الإيجاب مضافا إلى الملك فيصير مدبرا لايجوز بيعه ، ومن حيث أنه إيصاء يتناول الذى يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة

(قوله ليصير الإيجاب مضافا إلى الملك الخ) أقول : فيه تأمل .

والإيجاب إنما يصح مضافا إلى الملك أو إلى سببه ، فمن حيث أنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لايجوز بيعه ، ومن حيث أنه إيصاء يتناول الذى يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهى حالة الموت ، وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ ، وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لى أو كل مملوك أملكه فهو حر ، بخلاف قوله بعد غد على ماتقدم لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء والحالة محض استقبال فافترقا . ولا يقال : إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال . لأنا نقول : نعم لكن

الحابسة لما فيها والرهن هو الحبس وزمن الحال هو الحابس لما فيه دون ماقبله وما بعده ودخول ما فى الحالة المنتظرة أيضا للاتفاق ، على أنه لو أوصى بثلث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية ، ولو أوصى لولد فلان ولا ولد له فولد له بعد ذلك أولاد دخلوا واستحقوا الموصى به ، وإنما اعتبر فى الوصية دخول كل ما فى الحالين تحصيلا لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كأنه قال عند الموت كل عبد حرّ فيعتق مادخل فى ملكه قبل ذلك ومنه ماملكه بعد قوله الصريح ، بخلاف قوله كل عبد أملكه غدا فهو حرّ ليس فيه إلا جهة واحدة هى جهة الإيجاب ، فلا يدخل إلا الحاصل فى الحال ، ولما كان هذا لاينفى استعمال اللفظ فى معنييه : أعنى لفظ أملك وهو ممنوع عندنا أورده المصنف . وأجاب بأن الممتنع الجمع بسبب واحد لا بسببين ، وأنت تعلم أن هذا قول للعراقيين غير مرضىّ فى الأصول ، وإلا لم يمتنع الجمع مطلقا ولم يتحقق خلاف فيه لأن الجمع

وهى حالة الموت ويصير مدبرا بعده ولا يصير مدبرا قبله كالذى كان فى ملكه لأنه لم يتناوله الكلام حالة التملك لا من حيث الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك وإلى سببه ، ولا من حيث الإيصاء لأنه يكون عند الموت ، فكان حال التملك استقبالا محضا لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبرا حال التملك ، وإنما هو عند الموت إذا كان موجودا فى ملكه يصير كأنه قال كل مملوك لى أو أملكه فهو حر لدخوله حينئذ تحت الحال المتربصة فيصير مدبرا لكون العتق فى المرض وصية ، بخلاف قوله كل مملوك أملكه أو لى حرّ بعد غد على ماتقدم لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء ، والحالة محض استقبال لايتناولها الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك وإلى سببه فافترقا ، وعلى هذا قوله (والإيجاب إنما يصح مضافا إلى الملك) معطوف على قوله وفى الوصايا معنى لا أن يكون جواب سؤال مقدّر كما ذهب إليه بعض الشارحين . قال . وهو أن يقال ينبغى أن لايتناول الإيجاب المشترى أصلا فى الحال ولا فى المآل ، لأن التناول إنما يكون مضافا إلى الملك أو إلى سببه ، وليس أحدهما فى حقه بموجود . فأجاب بأن تناوله باعتبار الإيصاء لا الإيجاب الحالى . وقوله (ولا يقال إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال) إشارة إلى جواب أبى يوسف ، ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين إيجاب عتق ووصية الألفاظ الدالة على ذلك فى طرفى الكلام ، لأن الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ ، وفيه نظر لأنه يستلزم التنافى بين طرفى كلام واحد إن كان المراد إيجاب عتق فى الحال أو كونه إيصاء فقط إن كان المراد إيجاب عتق بعد الموت ، ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع وقع وصية والوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة فيدخل تحته ما كان فى ملكه وما يوجد بعد الموت ، وأما ما بينهما فليس بداخل تحته فلا يصير المستحدث مدبرا حتى يموت لعله كان أسهل تأتيا

(قوله ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين الخ) أقول : المراد هو الجمع بينهما فى لفظ أملكه أو مملوك لى بجهتين مختلفتين على ماهو مذهب العراقيين

(قوله فيدخل تحته ما كان فى ملكه ومايوجد بعد الموت الخ) أقول : يبقى الكلام فى دخولهما تحته فإن أملكه للحال وكذا مملوك لى . فإن قيل :

بسببين مختلفين إيجاب عتق ووصية ، وإنما لايجوز ذلك بسبب واحد .

قط لايكون إلا باعتبارين وبالنظر إلى شيئين ، ولو أمكن أن يقال إن لفظه أوجب تقدير لفظ إذ كان وصية وهو ماقدرناه عند موته من قوله كل عبد لى حرّ فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ماذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب والبرّ للأصحاب ، وهذا الموجب لايحتاج إلى تقديم تقديره عند ملك العبد وإلا كان مدبرا مطلقا ، وإنما يحتاج إليه عند موته فلا تتعلق به عبارته عند ملكه لاالصريحة لأنها لم تتناول إلا الحال ولا المقدرة لتأخير تقديرها إلى ماقبل الموت فلا يكون مدبرا لامطلقا ولا مقيدا كان دافعا للإشكال .

[فروع من تعليق العتق] قال لعبده إن بعتك فأنت حر فباعه لم يعتق لأن نزول العتق المعتق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق ، إلا أن يكون البيع فاسدا فيعتق لأن الملك فيه بعد البيع باق لايزول إلا بتسليمه ، إلا أن يكون المشترى تسلمه قبل البيع فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق ، كذا فى المبسوط . وحقيقة الوجه أن يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لأنهما معا يتعقبان البيع فلا يثبت العتق فى حال زوال الملك كما لايثبت فى حال تقرر زواله . ولو قال لعبده إن دخلت فأنت حرّ فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لأن اليمين انحلت بالدخول الأول فى غير الملك إذ ليس يلزم من انحلال اليمين نزول الجزاء ، ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافا للشافعى لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله فى الطلاق . ولو قال إن دخلت هاتين الدارين فأنت حرّ فباعه فدخل إحداهما ثم اشتراه فدخل الأخرى عتق لأن الشرط إذا كان مجموع أمرين كان الشرط وجود الملك عند آخرهما وبينا مثله فى الطلاق . ولو دخل إحداهما قبل البيع والأخرى بعد البيع ثم اشتراه لايعتق لعدم الملك عند آخرهما . وليس يلزم من كون الشرط مجموع أمرين اعتراض الشرط ، فلو قال إذا دخلت فأنت حرّ إذا كلمت فلانا فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لأن شرط العتق ليس إلا الكلام ، غير أنه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذى هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كأنه قال عند الدخول الكائن فى غير ملكه أنت حرّ إذا كلمت فلانا لأن المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لاينعقد فى غير ملكه فكلامه غير موقع . ولو قال إن دخلت فأنت حرّ بعد موتى فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لأنه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائما ، والتدبير لايصح إلا فى الملك أو مضافا إليه ، وإذا لم يصح التدبير لم يعتق بموته . ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه ففعل ماعلق عتقه عليه لم يعتق إلا نصفه لأنه إنما ينزل المعلق والمعلق كان النصف والعتق يتجزأ عند أبى حنيفة فيسعى فى قيمة نصفه لسيده . وعندهما يعتق كله فلا يسعى ، ولو كان باع النصف الأول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شىء لأن المعلق النصف المبتاع لا المستحدث وقد وجد الشرط فى غير ملكه . ولو جمع بين عبده وبين مالا يقع فيه العتق من ميت أوحجر أو حمار وقال أحدكما حرّ أو قال هذا أو هذا عتق عبده عند أبى حنيفة وإن لم ينوه ، وقالا : لايعتق إلا أن ينويه ، ومثله وأصله مرّ فى الطلاق . وروى ابن سماعة عن محمد أنه إذا جمع بين عبده وأسطوانة وقال أحدكما حرّ عتق عبده لأن كلامه إيجاب الحرية للجزم ، ولو قال هذا حر

وأسلم من الاعتراض ، والله أعلم .

يدخل الملك المستحدث بأن يراد باللفظ المجتمع فى الملك عند الموت . قلنا فحينئذ يكون كل منهما مدبرا مطلقا على ما صرحوا وهو منتف .

. . . .

أو هذا لم يعتق عبده لأن هذا اللفظ ليس بإيجاب لها كقوله هذا حرّ أولا . وهذه مسئلة فى الشهادة على الشرط قال إن دخلت دار فلان فأنت حرّ فشهد فلان وآخر أنه قد دخل عتق لأن الدخول فعل العبد وصاحب الدار فى شهادته به غير متّهم فصحت شهادته ، بخلاف ما لو قال إن كلمته فشهد هو وآخر أنه كلمه لم يعتق لأن فلانا فى هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق إلا شاهد واحد على الشرط ، ولو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما ، فإن جحد الأب جازت شهادتهما لأنهما شهدا على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهما بوجود الشرط وإن دعاه أبوهما فعند أبى يوسف هى باطلة ، وعند محمد جائزة لأنه لا منفعة للمشهود به لأبيهما فمحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وأبو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والإنكار لأن شهادتهما يظهران صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه فى النكاح ، والله أعلم .

. . . .

انتهى الجزء الرابع من فتح القدير

ويليه :

الجزء الخامس ، وأوله : باب العتق على جعل

فهــــرس

الجزء الرابع

من شرح فتح القدير ، للإمام ابن الهمام الحنفى








Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)





